

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MAIARA NUERNBERG PHILIPPI**

**COLETA DE PERFIL GENÉTICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Análise da Lei nº 12.654/2012**

**FLORIANÓPOLIS**

**2013**

Maiara Nuernberg Philippi

Coleta de Perfil Genético no Processo Penal Brasileiro  
Análise da Lei nº 12.654/2012

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso  
de Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina, como requisito à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Florianópolis  
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Coleta de Perfil Genético no Processo Penal Brasileiro. Análise da Lei nº 12.654/2012**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Maiara Nuernberg Philippi**, defendida em **24/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 24 de Junho de 2013



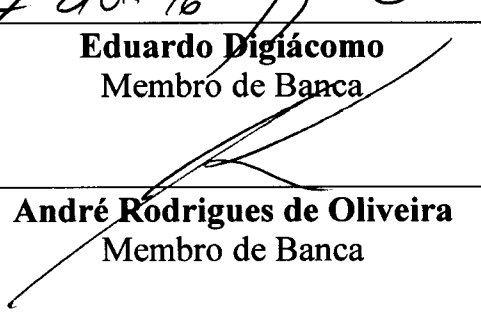
---

**Alexandre Moraes da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)



---

**Eduardo Digiacomo**  
Membro de Banca



---

**André Rodrigues de Oliveira**  
Membro de Banca

*Aos meus pais que tanto admiro, por todo apoio, preocupação e amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Àqueles a quem dedico este trabalho, minha mãe Dóris e meu pai Renato, pelo exemplo que têm sido em minha vida. Agradeço por todo o incentivo e pela presença diária em minha vida, apesar da distância.

Às minhas amadas irmãs, Nalinle e Ariela, por toda a cumplicidade, pelas conversas e conselhos e até pelos puxões de orelha.

À minha amiga Marina, por ter me interpelado no primeiro dia de aula da faculdade, e ao querido Reschke, por ter-se deixado interpelar por mim no primeiro dia de aula. Obrigada pelos grupos de estudo, pelas pérolas, e por esta amizade sincera.

Aos que fazem meus dias mais divertidos, Aline, Ana Clara, Débora, Joel, Ramon e Stefano.

Ao professor, e amigo, Eduardo, pelas correções e sugestões feitas e pela presença marcante em minha vida acadêmica.

Às amigas Gabriella e Maihara, agradeço pela convivência destes 5 anos, que serão eternos e, especialmente, por alegrarem os dias de EMAJ.

Ao meu grande amigo Vitor, com quem eu sei que posso contar sempre, obrigada por ser exatamente como você é.

Ao Felipe Matiola, por sempre estar disposto a solucionar meus problemas informáticos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, pela paciência que me dedicou e liberdade que me propiciou para a realização deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho objetiva explorar as inovações trazidas pela Lei nº 12.654/2012, a qual provocou alterações na Lei de Identificação Criminal, adicionando aos já tradicionais meios de identificação fotográfico e datiloscópico a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção do perfil genético do acusado nas hipóteses em que se fizer essencial às investigações policiais. Além disso, alterou a Lei de Execução Penal, prevendo a obrigatoriedade da identificação do perfil genético aos *condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Para tanto, inicialmente, analisar-se-á os aspectos da identificação criminal no Brasil, seu histórico, hipóteses de cabimento, obrigatoriedade da medida. Na sequência, far-se-á um exame sobre o sistema probatório no Processo Penal Brasileiro, explanando os principais princípios relacionados ao tema, como o direito ao silêncio e o princípio da presunção de inocência, além de trazer noções sobre limitações ao direito à prova, provas ilícitas, e um apanhado geral sobre prova pericial.

**Palavras-chave:** Identificação criminal. Coleta do perfil genético. Lei nº 12.654/12. Presunção de inocência. Princípio da não auto incriminação.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL .....	10
1.1 Breve histórico sobre a identificação criminal no Brasil.....	10
1.2 Hipóteses de cabimento da identificação criminal. Exceções ao art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988. ....	14
1.3 Submissão à identificação criminal: obrigatoriedade.....	19
1.4 Desentranhamento da identificação criminal .....	20
2. DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	23
2.1 Teoria Geral das Provas .....	23
2.2 Distinção entre prova e elementos informativos .....	25
2.3 Destinatários da prova.....	27
2.4 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova .....	28
2.5 Princípios relativos à prova penal .....	29
2.5.1 Princípio da proporcionalidade .....	30
2.5.2. Princípio da verdade real.....	34
2.5.3. Princípio da liberdade probatória .....	36
2.5.4. Princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	37
2.5.5. Princípio da presunção de inocência .....	42
2.6. Da Prova Ilegal.....	45
2.6.1 Limitações ao direito à prova .....	45
2.6.2 Provas ilícitas e ilegítimas.....	46
2.6.3 Tratamento da (in)admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas.....	49
2.7. Provas em espécie .....	51
2.7.1. Exame de corpo de delito e perícias em geral .....	51
3. A NOVEL LEI 12.654/2012 .....	58
3.1 A coleta de material genético como meio de prova .....	58
3.2 Imposição da coleta do perfil genético aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990 .....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	82

## INTRODUÇÃO

Identificar significa individualizar, com exclusividade, uma pessoa humana. A correta identificação criminal do investigado é essencial para a justa aplicação do Direito Penal, a fim de que o Estado possa punir o verdadeiro autor do delito, e não pessoa diversa.

O art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*. Assim, o art. 2º da Lei nº 12.037/09 elenca um rol de documentos atestadores desta identificação civil dos indivíduos, e o art. 3º, da mesma lei, regulamenta as hipóteses em que, mesmo apresentando a devida identificação civil, faz-se cabível a identificação criminal através dos processos fotográfico e datiloscópico. Além disso, com o advento da Lei 12.654/12, também surge a possibilidade de identificar-se o indivíduo através da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético.

Todavia, questiona-se se tal forma de identificação faz-se realmente necessária, uma vez que já se pode contar com a identificação datiloscópica, a qual cumpre perfeitamente sua função de singularização das pessoas. Por que determinar um novo tipo de identificação criminal, sujeitando o investigado a um procedimento invasivo como é a coleta de DNA, se o mesmo já se encontra suficientemente identificado através da datiloscopia?

A Lei nº 12.654/12 prevê, ainda, que obrigatoriamente, serão submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, todos aqueles condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes denominados hediondos. Também aqui surge a indagação: se já existe sentença é porque o agente foi devidamente identificado, julgado e condenado, então qual o objetivo de se coletar seu perfil genético?

O objetivo deste trabalho é demonstrar, justamente, que em ambos os casos, o que se subsume identificação criminal, na realidade trata-se de meio de prova a fim de comprovar a autoria de delitos, especialmente aqueles que deixam vestígios.

A realização deste trabalho deu-se através do método de pesquisa dedutivo, utilizando-se o procedimento de pesquisa bibliográfica.

Este trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo partirá de uma análise histórica sobre a identificação criminal no Brasil, apresentando, na sequência, as hipóteses em que, atualmente, a identificação criminal é admissível, destacando-se alguns



pontos fundamentais como a obrigatoriedade de submissão à medida e a questão do desentranhamento da identificação do processo.

O segundo capítulo disporá sobre a teoria da prova no Processo Penal Brasileiro dando ênfase aos princípios relativos à prova penal, bem como explanando as limitações ao direito à prova, abordando as questões da prova ilícita e ilegítima, e por fim tratará sobre a prova pericial, especificamente o exame de corpo de delito.

Ao final, no terceiro capítulo, será feita uma análise sobre as disposições contidas na Lei nº 12.654/12, a qual disciplinou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de utilização no direito penal da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

As considerações finais e referências bibliográficas constarão no encerramento da apresentação.

## 1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

### 1.1 Breve histórico sobre a identificação criminal no Brasil

A identificação criminal desempenha papel fundamental na justa aplicação do Direito Penal. Não há dúvidas de que “a correta identificação criminal da pessoa a quem se imputa a prática de uma infração penal é indispensável, de modo a individualizar a conduta, a ponto de se ter certeza de punir, quando necessário, o autor do crime – e não pessoa diversa, inocente, gerando o temido erro judiciário”.<sup>1</sup>

Antes da Constituição Federal de 1988 o entendimento, consubstanciado pelo enunciado da Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 15 de dezembro de 1976, era de que “a Identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Ou seja, a identificação criminal era tida como regra, mesmo para aqueles que já houvessem sido civilmente identificados.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, o que antes era regra passou a ser exceção, uma vez que o art. 5º, inciso LVIII, da Magna Carta dispôs que *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*.

Esta norma, “pretendeu resguardar o indivíduo civilmente identificado, preso em flagrante, indiciado ou mesmo denunciado, do constrangimento de se submeter às formalidades de identificação criminal - fotográfica e datiloscópica - consideradas por muitas vexatórias (até porque induz ao leigo, ao incauto, a idéia de autoria delitiva), principalmente quando documentadas pelos órgãos da imprensa.”<sup>2</sup>

Inicialmente, apareceram disposições esparsas acerca do tema, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 109, o qual previa a hipótese de identificação criminal do adolescente civilmente identificado, em casos de dúvida fundada: “*O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.*”. Na sequência, veio o art. 5º da Lei nº 9.034/95, o qual trazia hipótese de identificação compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado: “*A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.*”.

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Vol. 2. 6ª ed. ver. atual. e ref.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 409.

<sup>2</sup> MARCOLINI apud MOREIRA, Romulo de Andrade. 2009. **A nova lei de identificação criminal**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13632/a-nova-lei-de-identificacao-criminal>>. Acesso em 16.04.2013.

No entanto, somente doze anos após a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é que surgiu a Lei nº 10.054/2000 a fim de regulamentar o âmbito da identificação criminal, a despeito da existência da identificação civil.

Com a edição da supracitada Lei, a qual regulamentou os possíveis casos em que a pessoa poderia ser submetida à identificação criminal, aquele dispositivo da Lei nº 9.034/95, que vigia anteriormente, acabou revogado.

Como o art. 3º, inciso I, da revogada Lei nº 10.054/00, enumerava, de forma incisiva, determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória – homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público –, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas, concluiu a 5ª Turma do STJ que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/95 teria sido tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/00.<sup>3</sup>

Todavia, diversas críticas surgiram sobre a forma como a Lei nº 10.054/00 regulamentou a questão da identificação criminal, uma vez que o fez de maneira equivocada, listando um rol de crimes em que a identificação criminal seria obrigatória.

Ora, não há nenhum nexo causal razoável entre cometer um homicídio doloso, por exemplo, e ser obrigatoriamente submetido a identificação criminal. A natureza do delito não impõe qualquer falha na referida identificação, desde que o autor apresente documento civil válido e legítimo.<sup>4</sup>

E mais:

Além do elemento discriminatório desarazado, outras críticas foram feitas de que referida previsão atentava também contra o princípio da igualdade. Ao se prever a obrigatoriedade de identificação criminal destes crimes, vislumbrou-se que referidos delitos geralmente são cometidos por pessoas de estratos sociais mais baixos, deixando-se ao largo crimes de igual danosidade social e que geralmente são praticados por pessoas de elevado poder econômico. Conforme leciona Pedro Lenza (2006, p-565):

Concordamos com o posicionamento do Professor Damásio que vislumbra a inconstitucionalidade da primeira hipótese que, sem qualquer critério, seleciona alguns crimes, de modo aleatório e discriminadamente. O mestre indaga: ‘E a cifra dourada? E os autores de crimes de colarinho branco? Por que não foram incluídos na imposição vexatória de sujar os dedos? A razão ‘jurídica’ é simples: porque, se incluídos, ao arrumar a gravata para a foto, iriam sujar o colarinho branco!’<sup>5</sup>

Capez complementa:

Na primeira hipótese, qual seja, a de submeter o sujeito à identificação criminal apenas pelo fato de estar sendo indiciado por este ou aquele crime, sem qualquer circunstância que justifique a cautela, a regra nos parece inconstitucional por ofensa

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói, RJ: Editora. Impetus, 2013. p. 102.

<sup>4</sup> NUCCI, ibid, p. 411.

<sup>5</sup> SOUZA, Carlos Eduardo de. **A identificação criminal nos novos moldes da Lei nº 12.037/2009**. Disponível em <<http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/071009113631.pdf>>. Acesso em 29.04.13.

ao princípio do estado de inocência, dado que a simples razão de o agente estar sendo indiciado ou acusado da prática de uma infração não pode, por si só, justificar o constrangimento, salvo no caso de envolvimento em quadrilhas organizadas, capazes de forjar documentos falsos.<sup>6</sup>

Neste ínterim, foi promulgada a Lei nº 12.037/2009, a qual revogou expressamente a Lei nº 10.054/00, abandonando-se qualquer rol de delitos que comportem identificação criminal, e que é aplicada atualmente a fim de delimitar as exceções previstas pelo art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988.

Cabe ressaltar que, uma vez que a Lei preceitua que a identificação criminal somente poderá ocorrer nas hipóteses ali delineadas, há de se concluir pela revogação tácita do art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Ora, se a Lei nº 10.054/00 foi expressamente revogada pelo art. 9º da Lei nº 12.037/09, e se o art. 1º da Lei nº 12.037/09 preceitua que a identificação criminal só poderá ocorrer *nos casos previstos nessa lei*, há de se concluir pela revogação tácita do art. 5º da Lei nº 9.034/95, que inclusive já se tinha como revogado pelo advento da Lei nº 10.054/00. Raciocínio semelhante há de ser aplicado também ao art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>7</sup>

Nos termos do art. 5º da Lei nº 12.037/09, restou estabelecido que a identificação criminal poderá ser realizada através dos processos datiloscópico, que consiste na análise das cristas papilares dos dedos das mãos, e fotográfico.

Nucci dispõe:

No campo criminal, individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal. Almeja-se a segurança jurídica de não cometer erro judiciário, processando, condenando e punindo o inocente, no lugar do culpado. Há vários elementos e instrumentos para se realizar uma identificação, envolvendo caracteres humanos, tais como a cor dos olhos, do cabelo, da pele, bem como a altura, sexo, idade, dentre outros. Esses atributos, entretanto, permitem duplicidade, pois não são exclusivos. Por isso, a forma mais antiga – e ainda eficiente – de tornar segura a identificação concentra-se na datiloscopia (utilização das impressões digitais). Além disso, com a evolução tecnológica, outros poderão ser eleitos como os mais adequados critérios exclusivos da pessoa humana, tal como a leitura de íris. De todo modo, por ora, faz-se a colheita das impressões digitais, associadas à fotografia.<sup>8</sup>

No tocante as vantagens da identificação datiloscópica, Renato Brasileiro de Lima destaca:

O desenho digital é perene, acompanhando o homem durante toda a vida, sendo notada a formação de pontos característicos a partir do 3º mês de vida fetal, os quais se consolidam, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês de gestação, podendo ser encontrados, mesmo depois da morte, até a desagregação da matéria. A

---

<sup>6</sup> CAPEZ apud SOUZA, loc. cit.

<sup>7</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>8</sup> NUCCI, loc. cit.

imutabilidade é a propriedade da inalterabilidade do desenho digital, desde sua formação até a putrefação cadavérica. Ademais, não é possível a localização de digitais idênticas nos diferentes dedos de um mesmo indivíduo ou entre duas pessoas diferentes.<sup>9</sup>

Já no que se refere à identificação fotográfica, explana que “diante da mutabilidade da fisionomia das pessoas e a impossibilidade da formação de um cadastro fotográfico acessível, a fotografia deve ser usada como método auxiliar de identificação, não sendo possível que a autoridade policial a utilize de maneira exclusiva, dispensando a identificação datiloscópica.”.<sup>10</sup>

A identificação *fotográfica* traz a marca indelével da *temporalidade*, o que permite a identificação *contemporânea* da pessoa, em relação aos fatos eventualmente a ela imputados. A modificação dos aspectos faciais da pessoa no tempo pode dificultar o seu reconhecimento por testemunhas, o que seria minimizado com o registro fotográfico, desde que as fotografias permaneçam unicamente nos registros procedimentais em curso, mantido o sigilo necessário à investigação e, sobretudo, à preservação das garantias individuais do fotografado (direito à imagem, honra, tratamento de inocente, etc.).<sup>11</sup>

“Por todo o exposto, conclui-se que a lei 12.037/09 veio corrigir distorções antes havidas na revogada lei 10.054/00 com o fito de se eliminar as hipóteses casuísticas de identificação criminal.”.<sup>12</sup>

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012, importantes acréscimos foram introduzidos à Lei nº 12.037/09, incluindo-se no ordenamento pátrio, como forma de identificação criminal, além das supracitadas datiloscopia e identificação fotográfica, a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção do perfil genético.

Eis, então, que se chega à Lei nº 12.654/12, a cuidar da identificação genética, primeiro, como finalidade probatória no curso de investigações, e, segundo, como obrigatoriedade para condenados em crimes praticados com grave violência e para aqueles capitulados como hediondos. No primeiro caso, alterou-se a Lei nº 12.037/09, da identificação criminal; no segundo, acrescentou-se novo dispositivo (art. 9º-A) à Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).<sup>13</sup>

Destarte, percebe-se que a Lei nº 12.037/09 trouxe grandes avanços no que diz respeito à identificação criminal, no entanto, a legislação não deixou de se atualizar, acompanhando as inovações trazidas pela tecnologia, conforme se pode verificar nas disposições da Lei nº 12.654/12.

---

<sup>9</sup> LIMA, *ibid*, p. 101.

<sup>10</sup> LIMA, *ibid*, p. 100.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 17º ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 395.

<sup>12</sup> SOUZA, *loc. cit*.

<sup>13</sup> PACELLI, *ibid*, p. 396.

## **1.2 Hipóteses de cabimento da identificação criminal. Exceções ao art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988.**

A Lei 12.037/09 apresenta uma evolução em diversos aspectos quando comparada ao tratamento dado anteriormente à matéria.

Ao contrário do antigo Diploma legal, não há mais qualquer menção à identificação criminal no caso de indiciamento ou acusação por homicídio doloso, crime contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual e falsificação de documento público. Assim, o sujeito não mais será submetido à identificação criminal apenas pelo fato de estar sendo indiciado por este ou aquele crime, sem qualquer circunstância que justifique a cautela.<sup>14</sup>

Em seu artigo 2º, incisos I a VI, e parágrafo único, a Lei nº 12.037/09 elenca um rol de documentos atestadores da identificação civil das pessoas, cuja apresentação afastará a possibilidade legal de identificação criminal, são eles:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:  
I – carteira de identidade;  
II – carteira de trabalho;  
III – carteira profissional;  
IV – passaporte;  
V – carteira de identificação funcional;  
VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.  
Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

Utilizando-se de um sistema não taxativo de documentos, a Lei deixa espaço para novas interpretações através da redação do inciso VI do dispositivo em análise.

Destaque-se que essa formulação genérica final não somente possibilita a "interpretação analógica", mas até mesmo a chamada "interpretação progressiva". A Lei 12.037/09 é capaz de se atualizar por si mesma. Ainda que novos documentos de identificação civil sejam criados com o tempo e tenham nomenclaturas diversas daquelas elencadas no artigo 2º, I a V da lei de identificação criminal, poderão ser aceitos devido à abertura ensejada pelo inciso VI do mesmo dispositivo.<sup>15</sup>

Estabelecidos os instrumentos de identificação aptos a individualizar civilmente o investigado, a Lei nº 12.037/09, em seu art. 3º, arrola casos em que, devido à insegurança dos

---

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. **Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado (Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009)**. Disponível em <[http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con\\_id=5618](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5618)>. Acesso em 12.04.2013.

<sup>15</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/2009)**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13628/comentarios-iniciais-a-nova-lei-de-identificacao-criminal-lei-no-12-037-2009>>. Acesso em 17.04.2013.

documentos apresentados, a identificação criminal mostra-se cabível. Tratando-se da principal alteração em relação ao diploma revogado.

Não há inconstitucionalidade no fato do legislador permitir, em certas hipóteses, a identificação criminal do civilmente identificado. A questão encontra sua pedra de toque na proporcionalidade com que atua o legislador ordinário. Essa proporcionalidade somente pode orientar-se pelo critério já mencionado da "absoluta necessidade" da submissão à identificação criminal, a qual se consubstancia no fato de que a identificação civil apresentada não seja, por algum motivo plausível, suficientemente segura para a individualização e identificação da pessoa investigada. No seio desse proceder rigoroso respeita-se a dignidade humana, evitando humilhações e rituais de constrangimento desnecessários, bem como o interesse social na correta identificação dos envolvidos em investigações criminais.<sup>16</sup>

Assim, passa-se a análise específica de cada hipótese prevista nos incisos do art. 3º da Lei 12.037/09. Prevê o dispositivo mencionado que *embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:*

- a) o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

*Rasurar* significa riscar ou rabiscar algo, de modo a tornar inviável a sua legítima leitura. *Falsificar* quer dizer adulterar algo, com o objetivo de fazê-lo passar por autêntico; trata-se da reprodução do verdadeiro, em processo de imitação. A falsificação pode ser material, construindo-se um novo documento ou alterando o verdadeiro, como ideológica, provocando-se a alteração de conteúdo. Ilustrando, uma carteira de habilitação será, materialmente, falsa, quando todo o documento for constituído por pessoa que não tem competência para isso. Será, ideologicamente, falsa, quando o documento for emitido pelo órgão de trânsito competente, mas contendo dados irreais, como, por exemplo, a idade do condutor. No caso desta lei, autoriza-se a identificação criminal em qualquer situação: rasura, falsidade material e falsidade ideológica. Em verdade, torna-se mais fácil apontar um documento falsificado materialmente do que o falsificado em relação ao conteúdo; essa missão é a atribuição passada à autoridade, de modo que a identificação criminal é facultativa.<sup>17</sup>

Este inciso dispensa maiores explicações, “certamente um documento rasurado ou com indícios de falsificação não pode ser aceito como suficiente para afastar a identificação criminal”<sup>18</sup>, cabendo à autoridade determinar que o procedimento seja realizado.

- b) o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

Um documento de identificação deve conter os dados qualificativos básicos do investigado, bem como sua foto recente. Na falta desses dados mínimos a identificação é insegura e não se pode afirmar que a pessoa está devidamente individualizada, o que justifica a recusa dessa insuficiente identificação civil, procedendo-se à identificação criminal. Este dispositivo é mais uma demonstração

---

<sup>16</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

<sup>17</sup> NUCCI, *ibid*, p. 413.

<sup>18</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

de que o documento aceitável para identificação civil que afasta a possibilidade de identificação criminal deve ser provido de foto recente.<sup>19</sup>

A eventual falta de dados, como nome, filiação, data de nascimento, naturalidade, não pode colocar em risco a correta identificação do indiciado ou réu, devendo ser realizada a identificação datiloscópica e fotográfica.

c) o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

Trata-se de indício suficiente para a identificação criminal a existência de dados conflitantes entre documentos relativos ao indiciado ou réu. Não se trata apenas de portar dois documentos de identidade diferentes (ex: dois RGs), pois isso é a mais exata indicação de fraude, mas documentos diversos com dados igualmente diferenciados (ex: um RG e uma carteira de habilitação, cada qual contendo data de nascimento diversa).<sup>20</sup>

Cumpre observar que:

O simples fato de que alguém apresente vários documentos de identidade não enseja a necessidade de identificação criminal. Apenas ocorrerá a hipótese do artigo 3º, III, da Lei 12.037/09 quando houver divergências entre os documentos apresentados. É comum que uma pessoa tenha consigo seu RG, sua CNH, sua Carteira de Trabalho, seu certificado de reservista e outros documentos de identificação. Enquanto não houver a criação de um documento único e nacional de identificação tal situação será corriqueira e natural. Obviamente tal fato não será motivador de sua identificação criminal. Muito ao contrário, não havendo informações conflitantes em tais documentos, mais que satisfeita estará a segurança quanto à sua real identidade. Quando um documento apresentado corrobora as informações constantes nos outros não há razão para dúvidas e, portanto, para a identificação criminal.<sup>21</sup>

d) a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

Diversamente das hipóteses anteriores e seguintes, esta hipótese de identificação criminal depende de prévia autorização judicial. Apesar de o legislador referir-se apenas à representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, pensamos que não se pode excluir a possibilidade de o ofendido representar pela identificação criminal nas hipóteses de crimes de ação penal privada. Isso porque, caso não seja determinada a identificação criminal, estar-se-á a inviabilizar o exercício do direito de queixa, já que o ofendido não terá elementos precisos acerca da pessoa em relação à qual o processo criminal deva ser deflagrado.<sup>22</sup>

Nucci complementa:

É a hipótese mais aberta de todas, envolvendo elementos de *necessariedade* não descritos em lei, Essa situação, justamente por ser deveras ampla, provoca a atuação

---

<sup>19</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

<sup>20</sup> NUCCI, *ibid*, loc cit.

<sup>21</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

<sup>22</sup> LIMA, *ibid*, p. 104.



da autoridade judiciária competente (aquela que estiver vinculada à fiscalização da investigação policial), que deverá decidir, por sua conta (de ofício) ou por provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, a linha a seguir. Imagine-se a hipótese de pessoa que apresenta os documentos civis em ordem, mas possui um irmão gêmeo idêntico. Indícios podem dar conta de um irmão fazer-se passar pelo outro, em certas situações, embora os dados sejam praticamente os mesmos, inclusive a foto. Resta o bom senso da colheita da impressão digital, que servirá para dirimir a dúvida.<sup>23</sup>

É de se destacar, que as hipóteses previstas neste, bem como no inciso I, do art. 3º, não trazem a obrigatoriedade de se proceder à identificação criminal, “cabendo à autoridade policial, que, como regra, realiza esse procedimento, avaliar o seu cabimento. (...) Naturalmente, da mesma forma em que é *facultativa* a identificação, torna-se responsabilidade de quem a dispensar, por erro, negligência ou dolo, assumir as consequências disso.”<sup>24</sup> Portanto, ainda que não haja exigência legal para que tal ato seja motivado, é de bom senso que a autoridade o faça, “resguardando-se de futura e eventual alegação de abuso de autoridade, a inserção de motivos, nos autos cabíveis, onde se dá a identificação, pode excluir qualquer ranço de autoritarismo nessa tarefa.”<sup>25</sup>

Outra importante questão relacionada a este inciso é que, nos termos do art. 5º, parágrafo único, que foi inserido pela Lei nº 12.654/12, na *hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético*.

Atente-se que a novel regra não determina a coleta de material como *obligatio*, mas como *facultas agendi*, quando se vale da expressão “poderá incluir” ao invés de “deverá incluir”. De se notar que essa “faculdade” está restrita ao domínio do Juiz, posto que o material de DNA – ácido desoxirribonucléico – somente poderá ser recolhido (cabelo, saliva, etc.) mediante autorização judicial, em despacho motivado e fundamentado e, também, não se aplica de forma genérica às pessoas civilmente identificadas, constituindo-se situação inquestionavelmente excepcional.<sup>26</sup>

e) constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

Os indiciamentos são anotados em folhas de antecedentes e, muitas vezes, os dados de determinada pessoa começam a se acumular, contendo vários apelidos, nomes de família, nomes dos pais, dentre outros, embora relativos ao mesmo indivíduo. Há os conhecidos *aliases*, ou seja, vários nomes usados pela mesma pessoa ao se identificar perante órgãos públicos. Quem possuir, em sua f. a., tais anotações, contendo vários nomes, realmente, precisa ser criminalmente identificado, pois a chance de haver erro incrementa-se em demasia.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> NUCCI, *ibid*, loc cit.

<sup>24</sup> NUCCI, *ibid*, loc cit.

<sup>25</sup> NUCCI, *ibid*, loc cit

<sup>26</sup> LOPES, João. **Identificação criminal: banco de dados de DNA (Lei nº 12.654/2012)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3424, 15 nov. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/23022>>. Acesso em: 23.04.2013

<sup>27</sup> NUCCI, *ibid*, p. 414.

f) o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Neste inciso VI do artigo 3º, da Lei de Identificação Criminal há basicamente três hipóteses que justificam o procedimento extremo: o documento se encontra em péssimo estado de conservação, “a ponto de impossibilitar uma leitura de seus dados ou visualização da foto ilustrativa da fisionomia do identificado de maneira razoável”<sup>28</sup>; a distância temporal entre a expedição do documento e sua apresentação é muito longa, “aqui entra em jogo principalmente a identificação fisionômica e corporal do suspeito. Ocorre que a passagem do tempo pode alterar significativamente as características físicas de uma pessoa”<sup>29</sup>; ou o documento foi emitido em localidade distante.

A primeira situação não é incomum, pois muitos trabalhadores carregam a carteira profissional no bolso traseiro da calça e, com o passar do tempo, o documento se torna um aglomerado de folhas amassadas e quase ilegíveis. A segunda hipótese envolve aquele que carrega consigo a mesma identidade emitida quando tinha seus dezoito anos; passados trinta anos, por óbvio, a foto não se presta mais à identificação e a dúvida pode surgir quanto à sua identidade. A terceira situa-se no contexto de localidade muito distante do local onde ocorre o indiciamento, impossibilitando qualquer ação policial para a consulta ao banco de dados ou à certeza de autenticidade do documento apresentado.<sup>30</sup>

Com a análise do artigo 3º da Lei nº 12.037/09, percebe-se que a atual legislação alterou profundamente o tratamento dispensado ao indiciado, somente permitindo a identificação criminal do civilmente identificado nos casos em que tal identificação possa ser questionada, seja pelos aspectos essenciais da documentação apresentada, ou pela existência de utilização anterior de registros diferentes. “Tais hipóteses estão em perfeita harmonia com a Constituição Federal, sob o ponto de vista do princípio da razoabilidade. Como afirma Luiz Flávio Gomes, “se existe dúvida fundada (séria) sobre a identificação civil do sujeito, nada mais ponderado que proceder à sua identificação criminal”.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

<sup>29</sup> CABETTE, *ibid*, loc. cit.

<sup>30</sup> NUCCI, *ibid*, loc. cit.

<sup>31</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei de identificação criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2289, 7 out. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13632>>. Acesso em: 23.04.2013.

### 1.3 Submissão à identificação criminal: obrigatoriedade

Conforme previsto pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*. “O suspeito, indiciado ou acusado tem direito ao silêncio, podendo calar-se, quando lhe for dirigida qualquer imputação criminal, sem que se possa extrair qualquer consequência negativa dessa opção.”.<sup>32</sup> Trata-se de uma das diversas decorrências do *nemo tenetur se detegere*, o qual, segundo reconhece a doutrina, ninguém é obrigado a se autoincriminar, a produzir prova contra si mesmo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II, ao prever o princípio da legalidade, estabelece que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, de forma que, em se tratando de identificação criminal, expressamente admitida pela própria Carta Magna - *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*-, e devidamente regulamentada pela Lei nº 12.037/09, o indiciado não tem liberalidade para se omitir, ou se recusar a cooperar para a sua individualização.

Não se pode objetar que a identificação criminal importa em violação ao direito à não autoincriminação, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/92, art. 8º, nº 2, “g”). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei* (art. 5º, LVIII). Portanto, pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, não se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir prova contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais com a finalidade de registrar os dados da identidade física do provável autor do delito.<sup>33</sup>

Conforme se colhe da doutrina, a identificação criminal não caracteriza uma aceitação de culpa, e nem mesmo uma imputação de culpa, mas apenas um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, sendo direito do Estado, a fim de evitar o execrável erro judiciário. Assim, “nos casos de identificação criminal legalmente previstos o indiciado pode ser compelido, inclusive com uso de força moderada, ao procedimento necessário para a prática do ato.”<sup>34</sup>

Presente uma das hipóteses do art. 3º da Lei nº 12.037/09, e recusando-se o investigado a colaborar, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência. Nesse

---

<sup>32</sup> NUCCI, *ibid*, p. 412.

<sup>33</sup> LIMA, *ibid*, p. 105.

<sup>34</sup> CABETTE, *loc. cit*.

sentido, aliás, dispõe o art. 260 do CPP que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento *ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado* – é o caso da identificação criminal – a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.<sup>35</sup>

Em resumo, a identificação criminal, quando realizada nos termos previstos pela Lei nº 12.037/09, pode ser imposta ao indiciado, até mesmo mediante o uso de força comedida, sob pena de configuração do crime de desobediência, previsto no art. 330, do Código Penal (desobedecer a ordem legal de funcionário público). No entanto, em casos de identificação abusiva, efetuada em dissonância com a previsão legal, será a autoridade coatora que estará infringindo a Lei, abusando de sua autoridade (Lei nº 4.898/65, art. 4º, "b").

#### 1.4 Desentranhamento da identificação criminal

A Lei nº 12.037/09, visando à preservação da imagem do criminalmente identificado, estabelece que *no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas da sua identificação civil.*

Embora a lei não seja expressa, tal requerimento deverá ser dirigido ao Juiz com a comprovação do arquivamento definitivo ou do trânsito em julgado da decisão absolutória, além de sua identificação civil. É verdade que a lei não estabelece com clareza a quem se deve dirigir o pedido, mas entende-se que seja ao Juiz, pois que o Inquérito Policial já estaria encerrado e remetido a juízo nesse momento, seja no caso de arquivamento ou ainda com mais nitidez no caso de sentença absolutória em que já há inclusive processo criminal. Assim sendo, a Autoridade Policial já teria exaurido sua participação e toda e qualquer decisão ficaria a cargo do Judiciário. Neste caso também não prevê a lei que o Juiz necessite ouvir previamente o Ministério Público para tomar sua decisão. Entretanto, é de se concluir que de acordo com a praxe forense tal medida será quase que invariavelmente levada a efeito, o que, aliás, embora não legalmente estabelecido, é extremamente salutar e aconselhável, considerando a posição ministerial de "custos legis".<sup>36</sup>

É de se observar ainda, que o pedido de retirada da identificação fotográfica dos autos não será cabível em quaisquer casos:

De se ver, ainda, que a previsão de retirada da identificação criminal em autos de inquérito policial (art. 7º), sobretudo no caso de não oferecimento de denúncia (arquivamento, pois), nem sempre se justificará. É que, quando as razões de arquivamento repousarem em ausência de provas, e, a depender da natureza do delito investigado, pode ser absolutamente necessária a manutenção da identificação criminal, com o objetivo de permitir a maior abrangência de novas investigações e para evitar também a repetição de procedimentos já realizados. No caso de

---

<sup>35</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>36</sup> CABETTE, loc. cit.

absolvição, não. O afastamento concreto da pretensão punitiva, naquele caso, justificaria a retirada dos autos.<sup>37</sup>

Além disso, em caso de decisão final condenatória, a retirada da identificação fotográfica também não será possível, inclusive por ausência de previsão legal para tanto, interpretação esta que se faz da própria lei, quando só menciona o Inquérito policial, em nada falando a respeito de processo judicial.

Cumpre ressaltar, que o dispositivo em análise traz previsão expressa de retirada unicamente da identificação fotográfica dos autos, excluindo, portanto, da previsão legal, os demais documentos identificadores do indiciado, como Boletins de Identificação, Identificação Datiloscópica, Qualificação, Vida Progressiva. Tal medida foi adotada visando à proteção à imagem do indiciado:

Afinal, se houve identificação criminal quer-se crer não ter havido suficiente identificação civil anterior. Portanto, a manutenção dos dados colhidos (impressão dactiloscópica ou foto ou ambos) na peça processual arquivada não nos parece dano potencial. Aliás, a previsão feita no art. 7º desta Lei somente pode referir-se a um Estado incapacitado de guardar sigilo em relação aos documentos oficiais. Se houver inquérito, processo e, ao final, absolvição, por vezes, anos após, qual motivo levaria o indiciado/réu a pretender retirar sua foto dos autos? O temor de vazamento. Se os autos ficassem bem abrigados ou até fossem destruídos, nada disso seria necessário. Porém trata-se de um padrão estatal diferenciado: previne-se a ilegalidade (divulgação da foto do indiciado/réu), cortando-se *o mal pela raiz*, ou seja, extrai-se a foto. Parece-nos que a cultura a ser criada não é essa, mas, sim, a do respeito ao sigilo e aos documentos oficiais do Estado.<sup>38</sup>

Seguindo o mesmo objetivo e a fim de evitar que o procedimento de identificação criminal leve a uma situação vexatória, o art. 4º da mesma Lei estabelece que *a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado*. Esta questão pode ser resolvida de maneira simples, uma vez que o procedimento “Torna-se desagradável e periclitante, quando mal utilizado. Basta assegurar um espaço e um momento de privacidade para que as impressões digitais e a foto sejam colhidas e está-se diante do respeito à cidadania, com a devida segurança jurídica.”<sup>39</sup>

No que diz respeito à identificação criminal operada através da coleta de perfil genético, o art. 7º-A da Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12, determina que *a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito*. Todavia, deixa-se de dar maior detalhamento a este ponto, uma vez que o mesmo será abordado adiante em momento oportuno.

---

<sup>37</sup> PACELLI, *ibid.*, p. 395.

<sup>38</sup> NUCCI, *ibid.*, p. 417.

<sup>39</sup> NUCCI, *ibid.*, p. 414.

Diante do exposto, tem-se que a retirada da identificação fotográfica dos autos, tem o objetivo de preservar a imagem e a dignidade do indiciado, e poderá ser requerida ao juiz em caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, e, ainda, em caso de absolvição. Deve-se, contudo, analisar cada caso separadamente, pois nem sempre a medida será aconselhável, especialmente quando as razões do arquivamento forem a ausência de provas.

## 2. DA PROVA NO PROCESSO PENAL

### 2.1 Teoria Geral das Provas

O estudo das provas no Direito Processual Penal é assunto de importância inquestionável, especialmente porque, “dentre outros motivos, as consequências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível dentro do processo, seja condenatória, seja absolutória, ligando-se, assim, à própria punição do crime.”.<sup>40</sup>

De maneira geral, a doutrina é uniforme ao relacionar o termo prova com a reconstrução da verdade, conceituando-a “como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.”.<sup>41</sup> Como já dizia Francesco Carnelutti:

As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em sentido contrário o mesmo caminho? Segue os rastros de seus passos. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o faro o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um trabalho de habilidade e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o Ministério Público, o juiz instrutor, os juízes de audiência, os defensores, os peritos.<sup>42</sup>

Assim,

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.<sup>43</sup>

Lopes Jr. complementa:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognitiva do juiz em relação ao fato histórico

---

<sup>40</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). 1ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008. p. 79.

<sup>41</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 441.

<sup>42</sup> CARNELUTTI, Francesco. As misérias do Direito Penal. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2007. p. 48.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327.

(*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.<sup>44</sup>

Nucci e Lima subdividem o termo *prova* em três acepções, quais sejam: prova como atividade probatória, prova como meio e prova como resultado.

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.<sup>45</sup>

Analisando-se a prova como atividade probatória, pode-se dizer que surge para as partes “(...) um direito à prova. Esse direito à prova (*right to evidence*, em inglês) funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz.”.<sup>46</sup> Assim, Lima conclui que, para que não haja cerceamento do direito de defesa, ou de acusação, deve-se garantir às partes todos os recursos necessários para o oferecimento da matéria probatória.

Outro importante ponto a ser destacado diz respeito à prova como resultado, a qual, segundo Lima:

(...) caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. É a convicção sobre os fatos alegados em Juízo pelas partes. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos.<sup>47</sup>

Na mesma linha segue Oliveira:

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada. Com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser objeto da jurisdição penal.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 536.

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 384.

<sup>46</sup> LIMA, *ibid*, p. 555.

<sup>47</sup> LIMA, *ibid*, p. 556.

<sup>48</sup> PACELLI, *ibid*, p. 328.



Destarte, busca-se sempre o melhor resultado possível, utilizando-se os instrumentos probatórios a fim de se aproximar ao máximo da verdade dos fatos.

## 2.2 Distinção entre prova e elementos informativos

O art. 155 do Código de Processo Penal, ao dispor que *o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*, estabeleceu expressamente a distinção entre prova e elemento informativo.

Considerando que a principal garantia que temos é a da jurisdição e, como consectário lógico dela, a de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo, com todas as garantias do *due process of law*, é muito importante distinguir os atos (verdadeiramente) de prova daqueles meros atos de investigação (produzidos na fase “pré-processual”).<sup>49</sup>

Conforme se extrai do próprio dispositivo, os elementos informativos são aqueles produzidos durante a fase de investigação, sem a necessidade de que se observe o contraditório judicial, elemento que é indispensável para a produção de prova.

A palavra **prova** só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona pois, como verdadeira condição de existência e validade das *provas*, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de *prova*.

Por outro lado, **elementos de informação** são aqueles colhidos na fase investigatória sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em *acusados em geral* na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação.<sup>50</sup>

Lopes Jr. enumera as principais diferenças entre os institutos em análise:

Assim, são atos de prova aqueles que:

1. estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação;
2. estão a serviço do processo e integram o processo penal;
3. dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final – tutela de segurança;
4. servem à sentença;

---

<sup>49</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 546.

<sup>50</sup> LIMA, *loc. cit.*

5. exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
  6. são praticados ante o juiz que julgará o processo.
- Substancialmente distintos, os atos de investigação (realizados na investigação preliminar):
1. não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
  2. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
  3. servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para o julgamento;
  4. não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
  5. servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
  6. não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
  7. também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
  8. podem ser praticadas pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.<sup>51</sup>

Ante o exposto, facilmente percebe-se que os atos de investigação não são aptos a fundamentar, isoladamente, uma condenação, devendo sempre ser observados juntamente com as provas produzidas em juízo. Além disso,

(...) conclui-se facilmente que o inquérito policial somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do segredo.<sup>52</sup>

Neste ponto, cumpre destacar o disposto no inciso VIII, do art. 6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:  
(...)  
VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Assim, tendo em vista que a identificação criminal faz parte dos atos previstos no inquérito policial, pode-se dizer que os resultados produzidos através deste instituto deverão ser considerados atos de investigação, os quais devem sempre receber alguma confirmação em juízo.

Enfim, pode-se estabelecer que a principal diferença entre elementos de informação e prova está no momento em que elas são produzidas e, conseqüentemente, no valor probatório que possuem.

---

<sup>51</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 547

<sup>52</sup> LOPES JR., *loc. cit.*

### 2.3 Destinatários da prova

Importante anotar aqueles que são os destinatários das provas produzidas no processo, é dizer, aqueles para quem as provas são dirigidas.

“De modo geral, tem-se como destinatário o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal) sobre o qual recai a competência para o processo e julgamento do delito”.<sup>53</sup> “O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão.”.<sup>54</sup> “A irresignação das partes em aceitar como expressão da verdade a decisão judicial fundamentada em determinado material probatório é que irá, em princípio, motivar o exercício ao duplo grau de jurisdição. Assim, primordialmente, as provas destinam-se ao juiz e, secundariamente, às partes.”.<sup>55</sup>

Lima ainda destaca que:

Parte da doutrina sustenta que o Ministério Público também pode ser destinatário da prova. A depender do referencial adotado, sustentam, é possível dizer que o órgão ministerial, detendo a titularidade da ação penal pública, também é destinatário da prova, na medida em que, na fase pré-processual, as provas têm como finalidade o convencimento do órgão ministerial (formação de sua *opinio delicti*)

Com a devida vênia, como visto anteriormente, na fase investigatória, não se pode usar a expressão “prova”, salvo no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Objetiva o inquérito policial a produção de *elementos de informação*. Por isso, preferimos dizer que o órgão do Ministério Público é o destinatário desses elementos, e não da prova, cuja produção se dá, em regra, somente em Juízo, quando a decisão acerca da prática de determinado fato delituoso compete única e exclusivamente ao juiz natural.<sup>56</sup>

Destarte, são destinatários da prova todos aqueles que devem formar sua convicção sobre o que se alega no processo.

---

<sup>53</sup> LIMA, *ibid*, p. 559.

<sup>54</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 5ª ed., ver., ampl. e atual. [S.l.]: Editora Jus PODIVM, 2011, p. 356

<sup>55</sup> RANGEL, *ibid*, p. 442.

<sup>56</sup> LIMA, *loc. cit*.

## 2.4 Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Neste momento, faz-se mister explicar alguns conceitos relacionados ao vocábulo prova, que são facilmente confundidos, especialmente, conforme trabalhado anteriormente, ante sua polissemia.

Inicialmente, traz-se o conceito de *meios de prova*, que Rangel define como:

(...) todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova.<sup>57</sup>

Távora e Alencar, no mesmo sentido, resumem os meios de prova como “os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.”.<sup>58</sup>

Ainda, conforme Choukr, meio de prova “é o mecanismo empregado para a obtenção de um conteúdo, este sim a prova em si. Desta forma a testemunha não é a ‘prova’, mas seu depoimento sim; a interceptação não é a prova, mas o conteúdo da gravação etc.”.<sup>59</sup>

Já a expressão *fonte de prova* “é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo).”.<sup>60</sup>

Badaró explica que “as fontes de prova decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer alguém sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova daquele fato.”.<sup>61</sup>

Assim, Lima explica:

(...) meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as

---

<sup>57</sup> RANGEL, *ibid*, p. 443

<sup>58</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 359.

<sup>59</sup> CHOUKR apud DEZEM, *ibid*, p. 83.

<sup>60</sup> LIMA, *ibid*, p. 561.

<sup>61</sup> BADARÓ apud DEZEM, *ibid*, p. 85

fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo.

Por fim, têm-se os meios de obtenção de prova, os quais “referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz (v.g. policiais).”.<sup>62</sup> “Não são por si só fontes de convencimento, mas servem, tais instrumentos, para adquirir ‘coisas materiais, trazendo declarações dotadas de atitudes probatórias’”.<sup>63</sup>

Lima ainda destaca que:

(...) em regra, esses meios de investigação devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte contrária, funcionando a surpresa como importante traço peculiar, sem a qual seria inviável a obtenção das fontes de prova. Nesse ponto diferenciam-se também dos meios de prova, na medida em que, em relação a estes, é de rigor a observância ao contraditório, que pressupõe tanto o conhecimento acerca da produção de determinada prova, quanto a efetiva participação da sua realização. Essa distinção entre meios de prova e meio de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*).<sup>64</sup>

Feita a devida distinção entre meios de prova, fonte de prova e meios de obtenção de prova, passa-se ao estudo dos princípios processuais penais aplicáveis às provas para, na sequência, analisar-se as limitações da atividade probatória.

## 2.5 Princípios relativos à prova penal

O Processo Penal, assim como os demais ramos do Direito, ergue-se em torno de princípios, a maior parte encontrada na Constituição Federal de 1988, seja de forma implícita, ou explícita. Convém destacar a existência de alguns princípios fundamentais para a proteção e tutela dos direitos individuais, os quais devem ser observados na produção e validação das provas.

---

<sup>62</sup> LIMA, *ibid*, p. 562.

<sup>63</sup> COMOGLIO apud DEZEM, *ibid*, p. 84

<sup>64</sup> LIMA, *loc. cit*.

### 2.5.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem sua importância elevada “enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público”.<sup>65</sup> Trata-se de

regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.<sup>66</sup>

Segundo Távora e Alencar

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex: proteção à intimidade *versus* quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta de *proibição de excesso*, limitando os árbitros da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.<sup>67</sup>

Deste princípio decorrem duas interpretações deveras relevantes, especialmente no que diz respeito à utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, quais sejam, o princípio da proporcionalidade *pro reo* e o princípio da proporcionalidade *pro societate*.

#### 2.5.1.1 Princípio da proporcionalidade *pro reo*

A doutrina brasileira, baseada no princípio da proporcionalidade, tem aceitado a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, “quando, sopesado o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça.”.<sup>68</sup>

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

---

<sup>65</sup> LIMA, *ibid*, p. 616.

<sup>66</sup> RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>. Acesso em 16.05.2013.

<sup>67</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 70.

<sup>68</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 369.

(...)

Como explica GRECO FILHO, “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”.<sup>69</sup>

Conforme explana Lima:

Entende-se que o direito de defesa (CF, art.5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade ao verdadeiro culpado.<sup>70</sup>

Lopes Jr. ainda destaca “que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso.”.<sup>71</sup> Nucci explana que “tal posição é, de fato, justa, fazendo-nos crer que é caso até de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado, quando não for possível reconhecer a legítima defesa.”.<sup>72</sup>

Contudo, cumpre observar, que “se tal prova pode ser usada em favor do acusado, a fim de obter um decreto absolutório, não pode servir de prova *contra* qualquer pessoa. Em outras palavras, se a prova pode ser usada para absolver um inocente, não serve para incriminar, exatamente por se tratar de prova ilícita.”.<sup>73</sup>

Ou seja, a mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade).

Essa admissão está vinculada a esse processo.

Não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua ao abrigo do estado de necessidade). Ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era “terceiro” no processo originário, mas assume agora a posição de réu).<sup>74</sup>

Finalmente, não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade se trata de uma ponderação de valores, de forma que

Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção

---

<sup>69</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 597.

<sup>70</sup> LIMA, *loc.cit*.

<sup>71</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 598.

<sup>72</sup> NUCCI, *ibid*, p. 90.

<sup>73</sup> LIMA, *ibid*, p. 617.

<sup>74</sup> LOPES JR., *loc. cit*.

da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, e o prejuízo provocado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada.<sup>75</sup>

Távora e Alencar destacam a lição de Humberto Ávila, o qual dispõe que:

proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentro os meio disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).<sup>76</sup>

Assim, sabendo-se que “o perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”<sup>77</sup>, o princípio da proporcionalidade *pro reo* não pode ser utilizado em todo e qualquer caso, e nem ao alvedrio do magistrado, devendo ser aplicado de maneira comedida, analisando-se e ponderando-se em cada situação concreta os direitos que estão em conflito, pois “é um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais”<sup>78</sup>.

### 2.5.1.2 Princípio da proporcionalidade *pro societate*

No que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, o qual possibilita “que o Estado utilize de provas ilícitas contra o indivíduo a favor da sociedade”<sup>79</sup> há intensa controvérsia na doutrina brasileira, que somente se posiciona pela aplicabilidade da proporcionalidade *pro reo*.

Se a utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu para o acatamento de prova que seria ilícita é pacífica, essa mesma utilização contra o réu para o fim de garantir valores como o da segurança coletiva é bastante controvertida no Brasil. Pode-se dizer que é minoritário o setor da doutrina e da jurisprudência que defende a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer pretensões do “movimento da lei e da ordem”.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 370.

<sup>76</sup> ÁVILA apud TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 369.

<sup>77</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 596.

<sup>78</sup> LOPES JR., *loc. cit*.

<sup>79</sup> BRITO, Gustavo. **A utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate**. Disponível em <[www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D\\_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate\\_gustavo\\_brito.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate_gustavo_brito.pdf)>. Acesso em 16.05.2013.

<sup>80</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 71.



Entre aqueles que defendem a aplicabilidade da proporcionalidade *pro societate*, Lima destaca as palavras de Barbosa Moreira, segundo o qual

(...) a aplicação do princípio da proporcionalidade também autoriza a utilização de prova ilícita em favor da sociedade, como, por exemplo, nas hipóteses de criminalidade organizada, quando esta é superior às polícias e ao Ministério Público, restabelecendo-se, assim, com base no princípio da isonomia, a igualdade substancial na persecução criminal.<sup>81</sup>

Távora e Alencar, todavia, sustentam posicionamento contrário:

A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.<sup>82</sup>

Lima ressalta:

Em que pese a opinião dos respeitados autores, a leitura da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios não autoriza conclusão afirmativa quanto à tese da admissibilidade das provas ilícitas *pro societate* com base no princípio da proporcionalidade. Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais: não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição federal.<sup>83</sup>

Destarte, o Estado “não pode utilizar de uma prova ilícita contra o indivíduo, vez que a própria proibição de utilização de prova ilícita é uma garantia constitucional do indivíduo contra o Estado, não sendo possível este violar uma norma constitucional que limita a sua atuação.”.<sup>84</sup>

A jurisprudência brasileira, contudo, já admitiu

que cabe ao juiz, mesmo que remotamente, aplicar a teoria da proporcionalidade, e, assim, dar validade à prova que, em princípio, devido à ilicitude de sua obtenção, não tem validade, desde que a inobservância da regra formal que alberga direito fundamental tenha sido cometida em caso extremo de necessidade inadiável e incontornável, situação que deve ser considerada tendo em conta o caso concreto.<sup>85</sup>

Enfim, somente seria possível a aplicação da proporcionalidade *pro societate* para determinar a admissibilidade de provas ilícitas, em hipóteses extremas, “sob pena de se

---

<sup>81</sup> MOREIRA apud LIMA, *ibid*, p. 617.

<sup>82</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 370.

<sup>83</sup> LIMA, *ibid*, p. 619.

<sup>84</sup> BRITO, *loc.cit*.

<sup>85</sup> SILVA JÚNIOR apud LIMA, *ibid*, p. 620.

conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI)”.<sup>86</sup>

### 2.5.2. Princípio da verdade real

No processo penal, “dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos.”<sup>87</sup>

Nas palavras de Souza e Silva, tal princípio

Recomenda ao julgador e às partes – entre estas principalmente ao Ministério Público – que se empenhem no processo penal, de modo a reconstituir os fatos aludidos na peça acusatória, de forma mais fiel possível buscando-se atingir a ideologicamente pretendida verdade real e, em busca desse ideal, o legislador do Código de Processo Penal fez inserir vários dispositivos que possibilitam ao juiz agir além do simples impulso processual, estando mesmo autorizado contribuir na produção da prova (CPP, arts. 156, 209, 242 e 502), para o alcance, senão da verdade real (inatingível para a raça humana), pelo menos de uma certeza processual.<sup>88</sup>

Assim, é de se observar que,

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.<sup>89</sup>

Dezem confirma:

O conceito de *verdade real* tem sido cada vez mais relativizado, na medida em que é reconhecível a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta, ou seja, é impossível atingir com grau de certeza o que efetivamente tenha ocorrido, daí porque se fala, modernamente em *verdade possível*. Mas tal impossibilidade não significa decidir em termos aleatórios ou desordenados. Sobre o assunto, esclarece GUSTAVO BADARÓ que “a impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta não significa a impossibilidade de um acerto verdadeiro no processo, implicando, apenas, o reconhecimento de que somente se pode falar em *verdade das afirmações sobre os fatos* ou *certeza em termos relativos*”.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> LIMA, *ibid*, p. 618.

<sup>87</sup> POZZER apud NUCCI, *ibid*, p. 106.

<sup>88</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2008. p. 29.

<sup>89</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 568.

<sup>90</sup> DEZEM, *ibid*, p. 93.

Diante disso, “tem prevalecido na doutrina moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade”.<sup>91</sup> Assim, deve-se ter em conta que “toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.”.

Dessa forma, Távora e Alencar asseveram

Devemos buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste como a justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória.<sup>92</sup>

Destarte, tem-se que o princípio da verdade real, ou da busca da verdade, permite ao magistrado a efetiva participação na produção probatória, a fim de alcançar a maior similitude possível com a verdade dos fatos.

Entretanto, não se pode deixar de esclarecer, que há entre os doutrinadores brasileiros aqueles que não aceitem tal princípio, defendendo que “mesmo a *verdade processual* é igualmente inadequada. Com razão CARNELUTTI quando dizia (já em 1925) ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou a verdade processual (formal). O problema é a “verdade””.<sup>93</sup>

No processo inquisitório (antítese do acusatório), reforça-se o mito da verdade (notoriamente a real) e estrutura-se um procedimento que dá ao juiz a gestão da prova, para ele atuar ativamente na busca da prova, em nome de uma (pseudo) verdade. Logo, deixa de ser um procedimento em contraditório.

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório.<sup>94</sup>

Dessa forma, Lopes Jr. conclui:

Então, se não se pode afirmar que a sentença seja sempre reveladora da “verdade”, ela é o quê?

Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os

---

<sup>91</sup> LIMA, *ibid.* p. 33.

<sup>92</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid.* p. 58.

<sup>93</sup> LOPES JR., *ibid.* p.571.

<sup>94</sup> LOPES JR., *ibid.* p. 574.

significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença.

O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento (...).

O determinante é convencer o juiz segundo as regras do devido processo penal. É assim que funciona o sistema acusatório que, liberto da verdade, não permite que o juiz tenha atividade probatória.<sup>95</sup>

### 2.5.3. Princípio da liberdade probatória

O princípio da liberdade probatória deriva do princípio da verdade real, ou verdade processual, o qual significa, conforme explanado no item anterior, que “o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”.<sup>96</sup>

Assim, tem-se, nas palavras de Rangel, que o princípio da liberdade probatória “é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível”.<sup>97</sup>

Lima distingue a liberdade probatória quanto a três aspectos distintos: momento da prova, tema da prova e meios de prova.

Por conta dos interesses envolvidos no processo Penal – de um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de seu *ius libertatis*, com pleno gozo de seus direitos fundamentais, do outro, o interesse estatal no exercício do *ius puniendi*, objetivando-se a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais – adota-se, no âmbito processual penal, a mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados.<sup>98</sup>

No que concerne ao momento da prova, esclarece que “no processo penal, e pelo menos em regra, as provas podem ser produzidas a qualquer momento. Nessa linha dispõe o art. 231 do CPP que, salvo os casos expressos em lei, v.g., no Tribunal do Júri, artigo 479, *caput*, do CPP, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.<sup>99</sup>

Em relação ao tema da prova, ressalta:

Podem ser produzidas provas sobre quaisquer fatos pertinentes ao processo. Obviamente, juiz e partes devem estar atentos ao objeto da prova, ou seja, deve a instrução probatória ter como norte as afirmações feitas pelas partes que interessam

---

<sup>95</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 575.

<sup>96</sup> NUCCI, *ibid*, p. 105.

<sup>97</sup> RANGEL, *ibid*, p. 448.

<sup>98</sup> LIMA, *ibid*, p. 624.

<sup>99</sup> LIMA, *ibid*, p. 625.

à solução do processo. O art. 400, § 1º, do CPP, autoriza que o juiz indefira a produção das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.<sup>100</sup>

Por fim, no que tange aos meios de prova, esclarece que

Vigora no processo penal ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios inominados. O parágrafo único do art. 155 do CPP reforça essa liberdade probatória quanto aos meios, ao dispor que *somente quanto ao estado das pessoas* serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. A *contrario sensu*, portanto, desde que o objeto da prova não verse sobre o estado das pessoas, qualquer meio de prova poderá ser utilizado.<sup>101</sup>

No mesmo sentido, Braga:

A liberdade probatória é a regra, o rol de meios de prova admissíveis é aberto, o Código de Processo Penal não esclarece taxativamente os meios de prova admissíveis. Os únicos fatos acerca dos quais o meio de prova é prescrito pela lei são aqueles referentes ao estado das pessoas, em relação aos quais o parágrafo único do art. 155 do CPP dispõe que devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil, dessa forma, a súmula 74 do STJ assevera que o reconhecimento de menoridade do réu requer prova por documento hábil. Exceto essa situação, vigora relativa liberdade probatória quanto aos sujeitos do processo, respeitando-se apenas as proibições legais.<sup>102</sup>

Não se pode olvidar, todavia, que a liberdade de prova

não é absoluta, pois muitas vezes o juiz está coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento dessa limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, conclui-se que a vigora no processo penal brasileiro, regra geral, ampla liberdade probatória, a qual, contudo, não pode ser considerada absoluta, devendo respeitar a moral, bem como os limites impostos pela lei.

#### 2.5.4. Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Também denominado direito ao silêncio, direito a não autoincriminação, direito de não se declarar culpado, direito de não produzir provas contra si mesmo, entre outras denominações, o *nemo tenetur se detegere*

Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito

---

<sup>100</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>101</sup> LIMA, *ibid*, p. 626.

<sup>102</sup> BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **O limite do direito de provar em processo penal**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8654](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8654)>. Acesso em 17.05.2013.

humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.<sup>103</sup>

Além da previsão constitucional (art. 5º, LXIII), o direito a não autoincriminação também decorre de “norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no que toca ao *direito ao silêncio* e à *proteção contra ingerências atentatórias da dignidade humana*”<sup>104</sup>, além de estar previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, “g”).

Deve-se atentar ao fato de que o direito a não autoincriminação “tem em mira não um suposto direito à mentira [...], mas à proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado em atos de natureza *inquisitiva*”.<sup>105</sup> Assim, o princípio do *nemo tenetur se detegere*

objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.<sup>106</sup>

Lopes Jr. complementa, estabelecendo que

A defesa pessoal negativa, como o próprio nome diz, estrutura-se a partir de uma recusa, um não fazer. É o direito de o imputado não fazer prova contra si mesmo, podendo recusar-se a praticar todo e qualquer ato probatório que entenda prejudicial à sua defesa (direito de calar no interrogatório, recusar-se a participar de acareações, reconhecimentos, submeter-se a exames periciais, etc.).<sup>107</sup>

Tal princípio encontra aplicação uma vez que

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.<sup>108</sup>

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 dispõe que “o *preso* será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, cumpre esclarecer que

---

<sup>103</sup> NUCCI, *ibid.*, p. 97.

<sup>104</sup> PACELLI, *ibid.* p. 41.

<sup>105</sup> PACELLI, *ibid.*, p. 383.

<sup>106</sup> QUEIJO apud LIMA, *ibid.*, p. 38.

<sup>107</sup> LOPES JR., *ibid.*, p. 560.

<sup>108</sup> NUCCI, *loc. Cit.*

o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime. A esse respeito, observa Antônio Magalhães Gomes Filho que o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir as provas de culpabilidade.

O titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado: *nemo tenetur se detegere*.<sup>109</sup>

Da mesma forma, “é irrelevante [...] que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possibilidade de autoincriminação, a pessoa pode fazer uso do princípio do *nemo tenetur se detegere*.”.<sup>110</sup>

Não se deve restringir a aplicabilidade do direito de não produzir provas contra si mesmo ao direito ao silêncio, “se mostra inadequado acreditar que o direito de permanecer calado somente confere à pessoa a garantia de que ela não pode ser obrigada a falar.”. O princípio em tela garante ao indivíduo que ele não pode ser obrigado a se autoincriminar, de maneira tal que “o direito ao silêncio funciona apenas como uma das decorrências do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes”:

a) o direito ao silêncio: “corresponde ao direito de não responder às perguntas formuladas pela autoridade, funcionando como espécie de manifestação passiva da defesa. O exercício de direito ao silêncio não é sinônimo de confissão ficta ou falta de defesa”<sup>111</sup>, não se podendo extrair da recusa em falar qualquer valoração em prejuízo da defesa;

b) “direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal: de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, §3º) e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”e §3º), o acusado não é obrigado a confessar a prática do delito”<sup>112</sup>;

c) inexigibilidade de dizer a verdade:

Na verdade, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira tolerada, porque dela não pode resultar nenhum prejuízo ao acusado. Logo, como o

---

<sup>109</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>110</sup> LIMA, ibid, p. 39.

<sup>111</sup> LIMA, ibid, p. 42.

<sup>112</sup> LIMA, loc. cit.

dever de dizer a verdade não é dotado de coercibilidade, já que não há sanção contra a mentira no Brasil, quando o acusado inventa um álibi que não condiz com a verdade, simplesmente para criar uma dúvida na convicção do órgão julgador, conclui-se que essa mentira há de ser tolerada por força do *nemo tenetur se detegere*.

<sup>113</sup>

Em que pese esta posição doutrinária, de que a mentira deva ser tolerada já que não há sanção contra a mentira no Brasil, este tema vem sendo desmistificado, especialmente após o julgamento do fatídico homicídio de *Mércia Nakashima*, no qual o réu, ex-PM Mizael Bispo de Souza, teve sua pena-base aumentada devido à sua personalidade mentirosa, sendo condenado a pena de 20 anos de reclusão.

Do corpo da sentença extrai-se:

Infelizmente, não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, não há dúvida sobre o direito ao silêncio, podendo o réu durante o seu interrogatório nada responder sobre uma ou todas as questões que lhe forem dirigidas, sem que isso possa lhe acarretar qualquer prejuízo. Todavia, uma coisa é permanecer em silêncio, ato nitidamente omissivo, outra bem diferente é mentir, conduta altamente ativa, antiética e contrária aos valores mais mezinhos da sociedade, não nos parecendo, assim, que exista uma garantia ao suposto direito invocado. Na verdade, não estamos diante de um direito de mentir, mas simplesmente da não punição criminal da mentira, salvo se a sua postura redundar na inculpação de terceiros, no desvio da investigação para a busca de fatos inexistentes, ou mesmo se consubstanciar na assunção de ilícitos executados por outras pessoas (com o objetivo de inocentar o real criminoso, dando-lhe proteção em troca de uma promessa de recompensa ou qualquer outra espécie de benefício escuso). Com o devido respeito, não se pode tolerar o perjúrio como se fosse uma garantia constitucional, até pelo fato de o réu não precisar mentir para exercer o seu direito ao silêncio. A verdade é sempre um valor a ser defendido pelo Estado, o qual jamais poderá permitir e estimular a mendacidade. Esclarecendo, caso silencie, nada lhe acarretará; logo, não precisa mentir. Ao mentir, o acusado o faz de modo intencional, notadamente para enganar o julgador, na espécie, os jurados, e beneficiar-se da própria torpeza, perfídia ou malícia, em detrimento de bens jurídicos relevantes para a Magna Carta e o processo penal. Se o réu não está obrigado a falar, está cristalino que não precisa mentir.

(...)

Ora, como a mentira tem por escopo iludir os jurados, ludibriar o “ex adverso”, enganar a coletividade e provocar um erro judiciário, tal circunstância negativa sobre a personalidade do acusado será sopesada pelo juiz-presidente na fixação da pena, nos termos do art. 59 do CP. A mentira jamais poderá ser interpretada como direito insito, mas como subterfúgio repudiável ao exercício da atividade investigativa e judicante. Parafraseando Pedro Reis (Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa. Coimbra Editora. p. 457 e 462, respectivamente), “é de ter-se sempre em conta que onde o silêncio for útil, não se justifica a mentira”, pelo que “do direito de calar não decorre um direito de falsear uma declaração”. <sup>114</sup> (negritou-se)

---

<sup>113</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>114</sup> ARAS, Vladimir. **Enganei o juiz e me dei bem**. Disponível em

<<http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/03/15/enganei-o-juiz-e-me-dei-bem/>>. Acesso em 07.06.2013.



Destarte, pela previsão constitucional da plenitude de defesa - diferente da "ampla" defesa -, seria ou não possível ao réu mentir? “No dilema entre mentir ou confessar, ao réu criminal **basta o direito ao silêncio**. Nenhum prejuízo advirá se o acusado calar-se. É a lei. Por outro lado, a mentira é ética e juridicamente repudiável, dela podendo advir **consequências nefastas para terceiros e para a sociedade**.”<sup>115</sup>.

Contudo, não pode o acusado imputar falsamente a um terceiro a prática do ato criminoso, sob pena de cometer o delito de denunciação caluniosa (CP, art. 339), “porque o direito de não produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu, não servindo de suporte para que possa cometer outros delitos”<sup>116</sup>.

d) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo:

Sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição de crime, exame grafotécnico, bafômetro etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal. São incompatíveis, assim, com a Constituição Federal e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos quaisquer dispositivos legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, ou até mesmo a testemunha, a produzir prova contra si mesmo.<sup>117</sup>

e) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva: Este tópico trata das chamadas intervenções corporais, as quais

são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade do consentimento destas, e por meio da coação direta se for preciso, com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas que sejam importantes para o processo, em relação às condições físicas ou psíquicas do sujeito que sofre as intervenções, ou objetos escondidos com ele.

Classificam-se tais intervenções em invasivas ou não invasivas:

- a) Provas invasivas: são as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para a localização de drogas no corpo humano) e o exame do reto;
- b) Provas não invasivas: consistem numa inspeção ou verificação corporal. São aquelas em que não há penetração no corpo humano, nem implicam a extração

---

<sup>115</sup> ARAS, loc. cit.

<sup>116</sup> LIMA, *ibid*, p. 43

<sup>117</sup> LIMA, loc. cit.

de parte dele, como as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão etc.<sup>118</sup>

Em relação ao exame de DNA, deve-se observar que

As células bucais encontradas na saliva podem ser utilizadas para a realização de um exame de DNA. A forma de sua coleta é que vai determinar se a prova é invasiva ou não invasiva. Caso as células sejam colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva. Agora, a saliva também pode ser colhida sem qualquer intervenção corporal, possibilitando a realização do exame de DNA a partir de material encontrado no lixo, como chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerantes, que contêm resquícios da saliva que podem ser examinados.<sup>119</sup>

A principal questão que surge quanto às provas invasivas ou não invasivas, diz respeito à colaboração do suspeito. “Havendo o consentimento do sujeito passivo da medida, após prévia advertência do direito de não produzir prova contra si mesmo, a intervenção corporal poderá ser realizada normalmente, seja a prova invasiva ou não invasiva”<sup>120</sup>, contudo, o mesmo não se pode afirmar na hipótese de o suspeito se recusar a participar da produção probatória. Este tema será devidamente abordado no próximo capítulo, especialmente em relação à extração de DNA, prevista pela Lei nº 12.654/12.

### **2.5.5. Princípio da presunção de inocência**

Previsto pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência, também denominado estado de inocência ou presunção de não culpabilidade, “significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado”.<sup>121</sup>

Deste princípio decorrem diversas interpretações sobre sua amplitude. Dezem expõe a opinião de Alexandre de Moraes e Gustavo Badaró:

Importa observar que na vida do cidadão tal princípio implica em, pelo menos, quatro funções básicas, como mencionado por ALEXANDRE DE MORAES: limitação à atividade legislativa, critério condicionador das interpretações das normas vigentes, critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos e obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

GUSTAVO BADARÓ afirma que, modernamente, o princípio da presunção de inocência, no âmbito estritamente processual penal, pode ser analisado sob triplice ótica: a) é assegurado a todo cidadão prévio estado de inocência, somente afastado com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; b) é regra de julgamento

---

<sup>118</sup> LIMA, *ibid*, p. 45.

<sup>119</sup> LIMA, *loc. cit*.

<sup>120</sup> LIMA, *ibid*, p. 46.

<sup>121</sup> NUCCI, *ibid*, p. 81.

e c) é regra de tratamento do acusado no processo, impedindo sua equiparação ao culpado.<sup>122</sup>

No ordenamento internacional, existe previsão sobre este princípio no sistema universal de proteção dos direitos humanos, destacando-se três textos normativos.

No art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, prevê-se que *"todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei"*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada na Organização das Nações Unidas (ONU), estabelece em seu art. 11 que *"todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"*.

Ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, no item 2 de seu art. 14, reconhece que *"toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa"*.

Lima destaca as palavras de Marco Antônio Marques da Silva:

Na lição de Marco Antônio Marques da Silva, há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, saber: 1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinária italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal do Direitos dos Homens e no pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).<sup>123</sup>

Também nos sistemas regionais a garantia é expressamente prevista.

Na Convenção Européia sobre Direitos Humanos, conforme disposto no art. 6º, item 2, *"qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada"*.

O art. 8º, item 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dispõe que *"toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa"*.

---

<sup>122</sup> DEZEM, *ibid*, p. 97.

<sup>123</sup> LIMA, *ibid*, p. 7.

Como se pode verificar, o princípio da presunção de inocência foi positivado em textos normativos internacionais, dos quais se extrai, imediata ou mediatamente, os seus diversos aspectos: garantia política, norma de tratamento e norma de julgamento.

As principais consequências da presunção de inocência estão relacionadas ao ônus probatório e à proteção do acusado durante o processo penal. Nesse sentido Oliveira:

O princípio da inocência, ou *estado* ou *situação* jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segunda a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.<sup>124</sup>

Na mesma linha, Souza e Silva:

O princípio da presunção de inocência se reveste de dois aspectos, em relação ao primeiro destaca-se o relativo à sua influência no que diz respeito às medidas coativas impostas ao investigado (suspeito, indiciado ou réu), principalmente no que diz respeito a sua prisão cautelar, impondo que esta não possa se apresentar como uma punição antecipada, mas somente como uma medida de caráter assecuratório e vinculada à real necessidade (*periculum libertatis*); em relação ao segundo aspecto, o princípio tem a ver com o ônus da prova, e impõe que o ônus processual de demonstrar o que consta na peça acusatória é integralmente do acusador e caso este falhe nessa missão, aplica-se a máxima latina *in dubio pro reo*, absolvendo-se o réu pela incapacidade de a acusação demonstrar que ele não é inocente (CPP, art. 386, VII).<sup>125</sup>

No tocante ao ônus probatório, Lima cita Antônio Magalhães Gomes Filho, que destaca, como consectários da regra probatória:

a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio).<sup>126</sup>

Diante do exposto, pode-se asseverar que a presunção de inocência estabelece uma sujeição da sentença condenatória à necessidade de certeza acerca do fato delituoso e sua autoria. Neste aspecto, “presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em Juízo, inegavelmente é

---

<sup>124</sup> PACELLI, *ibid.* p. 47.

<sup>125</sup> SOUZA; SILVA, *ibid.* p. 16.

<sup>126</sup> LIMA, *ibid.* p. 9.

preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo”.<sup>127</sup>

Já em relação à regra de tratamento, é de se destacar que atua em duas dimensões: interna ou externa ao processo.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>128</sup>

Por todo o relatado, a presunção de inocência, “enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do ab(uso) das prisões cautelares).”<sup>129</sup>

## 2.6. Da Prova Ilegal

### 2.6.1 Limitações ao direito à prova

Conforme explanado anteriormente, o princípio da liberdade probatória é a regra geral no processo penal brasileiro, no entanto, “como todo e qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico”.<sup>130</sup> “Os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz à valoração da forma dos atos processuais enquanto “garantia” a ser respeitada”.<sup>131</sup>

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO apresenta razões de exclusão de prova baseadas em duas distintas razões: a) finalidades processuais; b) finalidades extraprocessuais: *privileges* e prova ilícita.

---

<sup>127</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>128</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 230.

<sup>129</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 229.

<sup>130</sup> LIMA, *ibid*, p. 592.

<sup>131</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 59.

O primeiro grupo (exclusão da prova com finalidades processuais) é relativamente comum no sistema processual penal. Assim têm-se, como exemplo, hipóteses de limitação na oitiva de determinadas testemunhas (crianças, etc), as limitações constantes do art. 155 do CPP (limitação no processo penal de prova quanto ao estado civil das pessoas) e o disposto no art. 62 do CPP (exigência da certidão de óbito para declaração de extinção da punibilidade).

Quanto ao segundo grupo, tem-se os *privileges* e a prova ilícita [...].

Acerca dos *privileges* afirma GOMES FILHO que “podem ser lembrados o que protege o acusado da auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), os referentes ao sigilo profissional (*physician-patient privilege, cliente-attorney privilege, journalist’s source privilege*), o relacionado às relações conjugais (*marital privilege*), etc.<sup>132</sup>

Além destas, Lopes Jr. complementa:

Assim, importantes limitações constitucionais ao direito à prova devem ser pontualizadas:

- Direito de intimidade (inciso X);
- Inviolabilidade do domicílio (inciso XI);
- Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII);
- Além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI).<sup>133</sup>

Percebe-se que a legislação conta com diversos dispositivos limitadores ao direito à prova, de maneira que “o cânon processual da admissibilidade pode ser sintetizado na seguinte negativa: uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”.<sup>134</sup>

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.<sup>135</sup>

Destarte, sempre que sua produção implique violação de princípios de direito material ou processual, ou da própria lei, a prova será considerada proibida, ou inadmissível.

## 2.6.2 Provas ilícitas e ilegítimas

A maior parte da doutrina brasileira “sempre se baseou na lição do italiano Pietro Nuvolone para conceituar prova ilegal, e também para distinguir as provas obtidas por meios ilícitos daquelas obtidas por meios ilegítimos”.<sup>136</sup> Considerando-se que a prova ilegal é o

---

<sup>132</sup> DEZEM, *ibid*, p. 120.

<sup>133</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 592.

<sup>134</sup> LOPES JR., *loc. cit*.

<sup>135</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*. p. 360.

<sup>136</sup> LIMA, *ibid*, p. 593.

gênero, do qual a prova ilegítima e a prova ilícita são espécies, passa-se a diferenciar tais institutos.

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc.<sup>137</sup>

Ávila ressalta que

O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade.<sup>138</sup>

No tocante à prova ilegítima, tem-se que é aquela “obtida com violação de regras de direito processual. Assim, se o laudo pericial for elaborado por apenas um perito, tem-se hipótese de prova violadora do direito processual penal (especificamente, o art. 159 do CPP) e, dessa forma, há situação de prova ilegítima”.<sup>139</sup>

Lopes Jr. manifesta-se no mesmo sentido:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova produzida unilateralmente (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc;  
Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica MARIA THEREZA, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).<sup>140</sup>

Outro importante ponto de diferenciação diz respeito ao momento de produção da prova. A prova obtida por meios ilegítimos é, em regra, produzida no curso do processo,

---

<sup>137</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>138</sup> ÁVILA apud DEZEM, ibid, p. 122.

<sup>139</sup> DEZEM, ibid, p. 121.

<sup>140</sup> LOPES JR., ibid, p. 593

sendo, portanto, intraprocessual ou endoprocessual, enquanto a prova obtida por meios ilícitos “pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”.<sup>141</sup>

Daí se dizer que a prova ilícita é aquela obtida fora do processo com violação a norma de direito material. Apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que sua produção ocorra em juízo. Basta imaginar, v.g., que o magistrado obtenha a confissão do acusado em seu interrogatório judicial, sem prévia e formal advertência quanto ao seu direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Nesse caso, é possível concluir-se pela presença de prova ilícita produzida no curso do próprio processo.<sup>142</sup>

Lopes Jr. ainda destaca que

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição.<sup>143</sup>

Apesar da distinção doutrinária trazida à baila, a redação do art. 157 do CPP, após as modificações trazidas pela Lei nº 11.690/08, “é confusa, especialmente quando aponta que provas ilícitas seriam aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Esse “legais” refere-se às normas materiais ou processuais?”.<sup>144</sup> “Tal equívoco de redação no referido artigo acaba por causar confusão: ora, se as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais, então qual o espaço reservado para as chamadas provas ilegítimas, cuja sanção é a nulidade?”.<sup>145</sup>

Ada Pellegrini Grinover, na mesma linha, assevera que

A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe sua renovação, nos termos do art. 573, caput, do CPP.<sup>146</sup>

Esse silêncio da lei tem provocado controvérsias doutrinárias, fazendo surgir duas correntes:

---

<sup>141</sup> AVOLIO apud DEZEM, *ibid.*, p. 123.

<sup>142</sup> LIMA, *loc. cit.*

<sup>143</sup> LOPES JR., *ibid.*, p. 594.

<sup>144</sup> LOPES JR., *ibid.*, p. 593.

<sup>145</sup> DEZEM, *ibid.*, p. 124.

<sup>146</sup> GRINOVER apud LIMA, *ibid.*, p. 595.



De um lado, uma corrente doutrinária entende que, diante do silêncio da lei, e com base na nova redação conferida ao art. 157, *caput*, do CPP, será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. Qualquer violação ao devido processo legal, portanto, acarretará o reconhecimento da ilicitude da prova.

(...)

Por sua vez, para outros doutrinadores, posição à qual nos filiamos, quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a *normas legais*, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.<sup>147</sup>

Feita a devida diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, passa-se a análise de sua admissibilidade no processo penal.

### 2.6.3 Tratamento da (in)admissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas

A discussão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos “está diretamente relacionada à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade”.<sup>148</sup>

Em se tratando de prova ilegítima, uma vez que sua obtenção ocorreu com violação a regras de direito processual, sua consequência é a nulidade. “Somente restará a anulação do ato para que seja refeito. A depender do grau de violação têm-se hipóteses de inexistência, nulidade absoluta, relativa, ou mera irregularidade”.<sup>149</sup>

Como houve violação de norma processual, a prova obtida por meio ilegítimo pode estar sujeita ao reconhecimento de sua nulidade e decretação de sua ineficácia no processo. A declaração de nulidade está subordinada, assim, à observância dos quatro princípios básicos relativos ao tema: 1) nenhuma nulidade será declarada quando não houver prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563); 2) nenhuma das partes pode arguir nulidade a que haja dado causa – princípio da lealdade ou boa-fé (CPP, art. 565); 3) nenhuma das partes pode arguir nulidade que só interesse à parte contrária (CPP, art. 565); 4) não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade ou na decisão da causa (CPP, art. 566).<sup>150</sup>

Cumprido observar que na nulidade absoluta o prejuízo é presumido, podendo esta “ser arguida a qualquer momento, enquanto não houver o trânsito em julgado da decisão. [...] Assim, reconhecida a nulidade absoluta de determinada prova ilegítima, esta não pode ser

---

<sup>147</sup> LIMA, loc.cit.

<sup>148</sup> LIMA, *ibid*, p. 596.

<sup>149</sup> DEZEM, *ibid*, p. 125.

<sup>150</sup> LIMA, *ibid*, p. 597.

utilizada nem contra o réu, nem a seu favor, porquanto as nulidades absolutas são insanáveis”.<sup>151</sup>

Na hipótese de nulidade relativa, todavia, entende-se que sua averiguação deve ser feita no momento oportuno, sob pena de preclusão, além de ser indispensável a comprovação do prejuízo. Logo, caso a nulidade relativa seja reconhecida, a prova ilegítima não poderá ser usada por nenhuma das partes. Se, no entanto, a nulidade relativa foi sanada ou houve a preclusão em face de sua não arguição em momento oportuno, a prova ilegítima poderá ser validamente usada tanto pela acusação quanto pela defesa.<sup>152</sup>

Quanto ao reconhecimento da ilicitude da prova, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, estabeleceu que, *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Assim, a sanção prevista para a prova reconhecida ilícita é a sua inadmissibilidade processual.

Contudo, se, apesar da proibição, a prova obtida ilicitamente houver ingressado nos autos do processo, haverá necessidade do seu desentranhamento seguido pela destruição física da prova, nos termos do art. 157, §3º, do CPP: *“preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”*.

Ocorre que, eventualmente, essa prova cuja ilicitude foi reconhecida pode ser o próprio corpo de delito de outra infração penal. Ademais, essa prova obtida de maneira ilícita pode pertencer lícitamente a alguém (v.g., cartas que foram furtadas de seu destinatário). Em tais hipóteses, como se pode cogitar de sua destruição física?

Portanto, pensamos que a regra constante do art. 157, §3º, do CPP, deve ser interpretada com certo temperamento: preclusa a decisão que declarou a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, esta deverá ser fisicamente destruída, salvo nas hipóteses em que a prova pertencer lícitamente a alguém, e/ou nos casos em que a prova ilícita constituir-se em corpo de delito em relação a quem praticou o crime para obtê-la, hipótese em que tal prova deve ser utilizada no outro processo criminal em que o produtor da prova ilícita será responsabilizado criminalmente.<sup>153</sup>

Outra questão relevante diz respeito à descontaminação do julgado. O art. 157, do CPP, continha um §4º que previa que do CPP, continha um §4º que previa que *o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão*, dessa forma,

O juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal. Não se pode esquecer, entretanto, que uma presunção desta natureza poderia levar ao afastamento peremptório do juiz natural da causa, mesmo naquelas circunstâncias em que a

---

<sup>151</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>152</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>153</sup> LIMA, ibid, p. 614.

prova ilícita, por ser meramente accidental, não tivesse reflexo tão contundente no convencimento do julgador. Além disso, correr-se-ia o risco da parte inserir a prova ilícita, de forma dolosa, com o fito de afastar determinado magistrado da condução da causa, o que, no caso concreto, seria de difícil controle.<sup>154</sup>

Assim, tal dispositivo acabou sendo vetado pelo Presidente da República. Todavia,

Não se pode ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a contenda. Os influxos da prova ilícita no convencimento do julgador são incomensuráveis, e, mesmo de forma não dolosa, o magistrado, direcionado pelo convencimento pré-concebido, extraído do contato com o material ilegal, corre o risco de refletir na decisão, mesmo que de forma implícita, o que não lhe seria permitido fazer em outras circunstâncias. Deve, portanto, declarar-se suspeito, afastando-se do caso, ao perceber que o acesso a prova ilícita o atingiu diretamente, despindo-lhe da necessária imparcialidade para o exercício jurisdicional.<sup>155</sup>

Portanto, a consequência para a prova ilegítima que ingressar aos autos do processo é a declaração de sua nulidade, permitindo-se, todavia, que a mesma seja refeita, sanando o vício. Já as prova ilícitas deverão ser desentranhadas do processo e, em regra, ser destruídas, podendo o juiz, que teve contato com o material probatório ilícito, declarar-se suspeito para julgar o caso.

## **2.7. Provas em espécie**

### **2.7.1. Exame de corpo de delito e perícias em geral**

O Código de Processo Penal regulamenta, nos artigos 158 a 184, o exame de corpo de delito e demais perícias, que também possuem regulamentação em algumas leis esparsas. Inicialmente, faz-se necessário distinguir alguns conceitos usualmente confundidos, como corpo de delito, exame de corpo de delito e perícia.

Corpo de delito “é o conjunto de vestígios materiais ou sensíveis deixados pela infração penal”<sup>156</sup>, é “a prova da existência do crime (materialidade do delito)”<sup>157</sup>, ou ainda, pode-se dizer que “corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos, explicitamente, na definição do crime, isto é, no modelo legal”.<sup>158</sup> Assim, o corpo de delito “é o cadáver que comprova a materialidade de um homicídio; as lesões deixadas na vítima em

---

<sup>154</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 363.

<sup>155</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 362.

<sup>156</sup> LIMA, *ibid*, p. 627.

<sup>157</sup> NUCCI, *ibid*, p. 393.

<sup>158</sup> TUCCI *apud* DEZEM, *ibid*, p. 160.

relação ao crime de lesões corporais; a coisa subtraída no crime de furto ou roubo; a substância entorpecente no crime de tráfico de drogas; o documento falso no crime de falsidade material ou ideológica etc”.<sup>159</sup>

Perícia, por sua vez, “é o exame de algo ou de alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal. Trata-se de um *meio de prova*.”.<sup>160</sup> Perícias em geral “correspondem às demais verificações técnicas feitas pelos peritos quando não se referirem ao corpo de delito”<sup>161</sup>, pois, em se tratando do corpo de delito, está-se diante do exame de corpo de delito.

Ou seja, “a mais importante das perícias é exatamente o exame de corpo de delito, ou seja, o exame técnico da coisa ou pessoa que constitui a própria materialidade do crime”.<sup>162</sup>

O exame de corpo de delito é uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos sobre os vestígios materiais deixados pela infração penal para comprovação da materialidade e autoria do delito. Como o magistrado não é dotado de conhecimentos enciclopédicos, e se vê obrigado a julgar causas das mais variadas espécies, afigura-se necessário recorrer a especialistas, os quais, dotados de conhecimentos específicos acerca do assunto, podem auxiliar o juiz no esclarecimento do fato delituoso.<sup>163</sup>

Tucci, em relação ao exame de corpo de delito, ensina:

O vocábulo *exame* parece-nos corretamente empregado, por isso que não há confundir *corpus delicti* – conjunto dos elementos físicos ou materiais, principais ou acessórios, permanentes ou temporários, que corporificam a prática criminosa – com a sua verificação existencial, mediante atividade judicial de natureza probatória e cautelar, numa persecução penal em desenvolvimento. Configura ele, com efeito, uma das espécies de *prova pericial*, consistente na colheita, por pessoa especializada, de elementos instrutórios sobre fato cuja percepção dependa de conhecimento de ordem técnica ou científica (...). É o *exame de corpo de delito*, em nosso processo penal, uma espécie de *prova pericial* constatatória da materialidade do crime investigado, realizada, em regra, por *peritos oficiais*, ou *técnicos*, auxiliares dos agentes estatais da *persecutio criminis*.<sup>164</sup>

Assim, depreende-se que o exame de corpo de delito é uma das espécies de perícia prevista pelo CPP, todavia, não é a única. “Há outros exames periciais com igual relevância, tais como os de verificação da sanidade mental do acusado, os de constatação da idade do

---

<sup>159</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 617.

<sup>160</sup> NUCCI, *ibid*, p. 395.

<sup>161</sup> DEZEM, *loc. cit*.

<sup>162</sup> LOPES JR., *loc. cit*.

<sup>163</sup> LIMA, *loc. cit*.

<sup>164</sup> TUCCI apud NUCCI, *ibid*, p. 396.

acusado etc”.<sup>165</sup> Entretanto, tratando-se do mais importante exame pericial, uma vez que está relacionado aos vestígios deixados pela infração criminal, merece ter seu estudo aprofundado.

### 2.7.1.1 Exame de corpo de delito

Inicialmente, importante ressaltar que “tanto o exame de corpo de delito quanto os demais exames periciais têm natureza jurídica de meios de prova, pois funcionam como instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo.”.<sup>166</sup>

A doutrina costuma subdividir o tema em exame de corpo de delito direto e indireto:

Exige-se, para a infração que deixa vestígios, a realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, isto é, a emissão de um laudo pericial atestando a materialidade do delito. Esse laudo pode ser produzido de maneira direta – pela verificação pessoal dos peritos – ou de modo indireto – quando os profissionais se servem de outros meios de provas. Note-se que, de regra, a infração que deixa vestígios precisa ter o exame de corpo de delito direto ou indireto (que vai constituir o corpo de delito direto, isto é, a prova da existência do crime atestada por peritos). Somente quando não é possível, aceita-se a prova da existência do crime de maneira indireta, isto é, sem o exame e apenas por testemunhas.<sup>167</sup>

Sobre o assunto, Lopes Jr. assevera:

Diz-se que o exame de corpo de delito é direto quando a análise recai diretamente sobre o objeto, ou seja, quando se estabelece uma relação imediata entre o perito e aquilo que está sendo periciado. O conhecimento é dado sem intermediações entre o perito e o conjunto de vestígios deixado pelo crime. Essa é a regra: a materialidade (existência) dos crimes que deixam vestígios deve ser comprovada através de exame de corpo de delito direto. Mas, em situações excepcionais, em que o exame do corpo de delito direto é impossível de ser feito porque desapareceram os vestígios do crime, o art. 167 do CPP admite o chamado exame indireto. O exame de corpo de delito indireto é uma exceção excepcionalíssima, admitido quando os vestígios desapareceram e a prova testemunhal vai suprir a falta do exame direto. Mas não só ela; também pode haver a comprovação indireta através de filmagens, fotografias, gravações de áudio etc.<sup>168</sup>

No tocante a conceituação do exame de corpo de delito indireto, da leitura do art. 167 do CPP, o qual dispõe que, *não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*, a doutrina divide-se em dois grandes grupos:

---

<sup>165</sup> LIMA, *ibid*, p. 628.

<sup>166</sup> LIMA, *ibid*, p. 628.

<sup>167</sup> NUCCI, *loc. cit*.

<sup>168</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 618.

Para o **primeiro grupo**, exame de corpo de delito indireto é tão somente a análise pericial feita de maneira indireta, mas é uma análise pericial e não mero depoimento de testemunhas. Defendem esta posição GUILHERME DE SOUZA NUCCI, BORGES DA ROSA E HÉLIO TORNAGHI. A seu respeito afirma TORNAGHI: “o exame indireto não se confunde com o mero depoimento de testemunhas, o qual pode suprir o exame de corpo de delito (art. 167). Nele, no exame indireto, há sempre um juízo de valor feito pelos peritos. Uma coisa é afirmarem as testemunhas que viram tais ou quais sintomas, e outra os peritos concluírem daí que a *causa mortis* foi essa ou aquela”. Assim, neste primeiro grupo, os peritos analisam todos os dados que possuírem, inclusive a prova oral, e, então, elaborarão o laudo.

Para o **segundo grupo**, exame de corpo de delito indireto prescinde da atuação dos peritos, baseando-se unicamente na análise pelo magistrado dos depoimentos das testemunhas ou, mesmo, dos documentos havidos nos autos. Defendem esta posição FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, EDUARDO ESPÍNDOLA FILHO, DENILSON FEITOZA PACHECO, JULIO FABBRINI MIRABETE e a jurisprudência majoritária.<sup>169</sup>

Ainda em relação ao exame de corpo de delito indireto, salienta-se que há crimes, os quais, por sua própria natureza e pelo *corpus delicti* que o constituem, não admitem o exame indireto. É o que ocorre, por exemplo, “nos delitos envolvendo substâncias entorpecentes. Não é razoável um juízo condenatório pelo delito de tráfico de drogas sem o exame direto que comprove a natureza da substância. [...] A questão é técnica, exige o exame químico, sendo imprescindível o exame direto para verificar o princípio ativo”.<sup>170</sup>

Enfim, conclui-se que para os crimes não transeuntes, que deixam vestígios, o art. 158 do CPP determina que *será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto*. Porém, somente em situações excepcionais, *por haverem desaparecido os vestígios*, é que o exame de corpo de delito indireto será admitido, nos termos do art. 167 do CPP.

#### 2.7.1.2 Laudo Pericial

O Laudo pericial “é a conclusão a que chegaram os peritos, exposta na forma escrita, devidamente fundamentada, constando todas as observações pertinentes ao que foi verificado e contendo as respostas aos quesitos formulados pelas partes”.<sup>171</sup> Subdivide-se em quatro partes: preâmbulo, exposição, discussão e conclusões.

O preâmbulo ou introdução contém o nome dos peritos, seus títulos e objeto da perícia. A exposição é a narração de tudo quanto foi observado, feito com ordem e método. A discussão é a análise ou crítica dos fatos observados, com exposição dos argumentos, razões ou motivos que informam o parecer do perito. Na conclusão ele responde sinteticamente aos quesitos do juiz e das partes.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> DEZEM, *ibid*, p. 163.

<sup>170</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 621.

<sup>171</sup> NUCCI, *ibid*, p. 401.

<sup>172</sup> NORONHA apud TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 385.

Conforme a nova redação do art. 159 do CPP, dada pela Lei nº 11.690/08, o *exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior*. Ou seja, “a partir da Lei nº 11.690/08, a perícia poderá ser realizada por apenas um perito oficial, portador de diploma de curso superior, salvo quando o objeto a ser periciado exigir o conhecimento técnico em mais de uma área de conhecimento especializado”.<sup>173</sup> (sublinhou-se)

Dezem faz a distinção entre o perito oficial e o não oficial:

Os peritos classificam-se segundo sua vinculação com o Estado ou a falta dela. Desta forma, tem-se a seguinte classificação:

- a) perito oficial – corresponde ao sujeito investido no cargo criado por lei, mediante concurso público, para a realização das perícias.
- b) perito não-oficial – corresponde à pessoa nomeada pela autoridade (delegado ou magistrado) para a realização da perícia e que não ocupa cargo criado por lei. Normalmente seu uso se dá no caso de falta de peritos oficiais.<sup>174</sup>

Na falta de peritos oficiais, o parágrafo primeiro do art. 159 do CPP, possibilita que o exame seja *realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame*. O parágrafo segundo do mesmo artigo determina, ainda, que os peritos não oficiais deverão prestar compromisso de bem desempenhar o encargo.

Sobre o tema, Távora e Alencar dispõem:

Na ausência de perito oficial, a autoridade pode valer-se dos peritos não-oficiais ou juramentados, é dizer, pessoas idôneas, portadoras de curso superior, leia-se, terceiro grau completo e preferencialmente na área específica, com habilitação técnica relacionada à natureza do exame, que serão, no caso concreto, nomeadas e compromissadas a bem e fielmente desempenharem o seu encargo. A ausência da colheita do compromisso é mera irregularidade, não tendo o condão de macular o laudo. Na atuação dos peritos leigos, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade.<sup>175</sup>

A súmula nº 361 do STF dispõe que *no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionando anteriormente na diligência de apreensão*. Todavia, ante as alterações produzidas pela Lei nº 11.690/08,

Conclui-se que a Súmula nº 361 do STF passa a ter seu âmbito de aplicação restrito às perícias feitas por peritos não oficiais, em que o exame deve ser considerado nulo quando realizado por um só perito. Na esteira do que já se entendia anteriormente,

---

<sup>173</sup> PACHELLI, *ibid*, p. 429.

<sup>174</sup> DEZEM, *ibid*, p. 165.

<sup>175</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 384.

tal nulidade terá caráter relativo, sendo imprescindível, por conseguinte, a comprovação do prejuízo e a arguição em momento oportuno.<sup>176</sup>

Caso haja divergência entre os peritos, “devem estas ficar consignadas no auto do exame, podendo cada um elaborar separadamente o seu próprio laudo, nomeando a autoridade um terceiro perito para apreciar a matéria”.<sup>177</sup>

Dos peritos oficiais “Exige-se (...) ainda a imparcialidade, sendo-lhes extensíveis as mesmas hipóteses de suspeição aplicadas aos magistrados. O perito parcial deve ser afastado através da competente exceção, ou de ofício pelo órgão julgador, em decisão irrecorrível”.<sup>178</sup>

Na realização da perícia há, ainda, a figura do assistente técnico, que “é o perito de confiança das partes, que irá atuar com o fito de ratificar ou infirmar o laudo oficial”.<sup>179</sup>

O assistente técnico diferencia-se do perito pelos seguintes motivos:

- 1) tratando-se de auxiliar das partes, é evidente que, da sua atuação, não se pode esperar a mesma imparcialidade que permeia a atuação do perito. Destarte, ao contrário dos peritos, os assistentes técnicos não se sujeitam às causas de impedimento e suspeição;
- 2) Ao contrário dos peritos oficiais ou não oficiais, os assistentes técnicos não podem ser considerados funcionários públicos, na medida em que não exercem cargo, nem tampouco função pública;
- 3) Como o crime de falsa perícia previsto no art. 432 do Código Penal é um crime de mão própria, tendo como sujeito ativo apenas o perito, eventuais falsidades cometidas pelo assistente técnico não configuram o referido delito. A depender do caso concreto, todavia, poderá restar caracterizado o delito de falsidade ideológica (CP, art. 299), caso seja comprovado que o assistente técnico omitiu em seu parecer declaração que dele devia constar, nele inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Logicamente, a prática do delito de falsidade ideológica está condicionada à inserção de um dado objetivo falso em seu parecer, jamais podendo ser censurada criminalmente eventual opinião do assistente técnico distinta daquela firmada pelos peritos.<sup>180</sup>

Por fim, quanto à apreciação dos laudos periciais, Lima explica:

Dois são os sistemas de apreciação dos laudos periciais:

- 1) **Sistema vinculatório:** de acordo com esse sistema, o magistrado fica vinculado ao laudo pericial, não podendo decidir de modo a contrariá-lo;
- 2) **Sistema liberatório:** por meio desse sistema, o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo. É esse o sistema adotado pelo CPP, não só por força do sistema da livre persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*), como também por expressa disposição legal (CPP, art. 182). Caso o magistrado opte por rejeitar o laudo pericial, cuidando-se de infração que deixa vestígios, e caso estes ainda estejam presentes, deve o magistrado nomear novo

<sup>176</sup> LIMA, *ibid*, p. 639.

<sup>177</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 386.

<sup>178</sup> TÁVORA; ALENCAR, *ibid*, p. 384.

<sup>179</sup> TÁVORA; ALENCAR, *loc. cit*.

<sup>180</sup> LIMA, *ibid*, p. 640.



perito, se de prova exclusivamente técnica se cuidar (CPP, art. 181, parágrafo único).<sup>181</sup>

No processo penal brasileiro “é natural que, pelo sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, adotado pelo Código, possa o magistrado decidir a matéria que lhe é apresentada de acordo com sua convicção, analisando e avaliando a prova sem nenhum freio ou método previamente imposto pela lei”<sup>182</sup>, ou seja, adota-se o sistema liberatório, que não vincula o juiz ao laudo pericial.

Contudo, Dezem destaca:

É interessante a crítica apresentada por GUILHERME NUCCI acerca da extensão dada por alguns a respeito do art. 182. Esclarece o autor que há situações em que o magistrado não pode se afastar do laudo pericial. Assim, por exemplo, no caso do exame de corpo de delito em que se constate que a substância apreendida não é entorpecente, não pode o magistrado afastá-lo. Da mesma forma, afirma que, se o laudo de insanidade mental apontar que o acusado é efetivamente inimputável, não poderia o magistrado afastar-se do laudo, dado o critério biopsicológico adotado pelo Código.<sup>183</sup>

Por todo o exposto, conclui-se que compete ao magistrado fundamentar a decisão com base em todo o conjunto probatório apresentado. Assim, “preceitua o art. 182 do Código de Processo Penal não estar o juiz adstrito ao laudo, podendo acolher totalmente as conclusões dos expertos ou apenas parcialmente, além de poder rejeitar integralmente o laudo ou apenas parte dele. O conjunto probatório é o guia do magistrado e não unicamente o exame pericial”.

<sup>184</sup>

Destarte, concluída a análise referente à prova no processo penal, bem como suas limitações e principiologia aplicável, dando ênfase à prova pericial, em especial ao exame de corpo de delito, parte-se para a apreciação da Lei 12.654/12 e a coleta de perfil genético nela prevista.

---

<sup>181</sup> LIMA, *ibid*, p. 631.

<sup>182</sup> NUCCI, *ibid*, p. 415.

<sup>183</sup> DEZEM, *ibid*, p. 180.

<sup>184</sup> NUCCI, *loc. cit*.

### 3. A NOVEL LEI 12.654/2012

Publicada em 28 de maio de 2012, com *vacatio legis* de 180 dias, a Lei nº 12.654 altera dois institutos jurídicos distintos, a Lei nº 12.037/09, Lei de Identificação Criminal e a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, e possibilita a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético como forma de identificação criminal.

A nova legislação prevê duas espécies bem distintas de identificação criminal por perfil genético.

A primeira, com finalidades exclusivamente *probatórias*, vinculadas à necessidade – indispensabilidade – para a investigação (e, assim, para eventual e futuro processo).

(...)

E a segunda modalidade (de identificação criminal) diz respeito à *obrigatoriedade* da coleta de material genético para *cadastro geral* de condenados em crimes praticados com violência grave contra a pessoa ou por quaisquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), consoante se vê da norma contida art. 9º-A da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), introduzido pela referida Lei nº 12.654/12.<sup>185</sup>

A fim de facilitar a compreensão do tema, analisar-se-á cada hipótese, separadamente.

#### 3.1 A coleta de material genético como meio de prova

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVIII, dispõe que *o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*. A Lei nº 12.037/09 regulamenta em seu art. 3º as hipóteses de cabimento da identificação criminal:

**Art. 3º** Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

**IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;**

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. (grifou-se)

---

<sup>185</sup> PACELLI, *ibid*, p. 395. 2013

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.654/12 foi adicionado o parágrafo único do art. 5º da Lei de Identificação Criminal, o qual dispõe:

**Art. 5º** A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

**Parágrafo único.** Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

“Aproveitou a *novatio legis* a abertura do inciso IV, de modo que, embora o suspeito apresente documento de identidade, poderá ser feita a identificação criminal e a extração compulsória de material genético, sempre que for “essencial às investigações policiais” e houver decisão judicial”.<sup>186</sup>

Assim, o grande entrave na análise da Lei, diz respeito ao fato de entender-se ou não o fornecimento de material genético (DNA ou ADN) como uma forma de identificação genética, uma vez que, em tese,

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.<sup>187</sup>

No mesmo sentido, Machado dispõe:

A identificação criminal genética é uma providência muito especial, tanto que somente será levada a efeito no âmbito do inquérito por meio de ordem judicial (art. 5º, IV da Lei nº 12.037/09), e mesmo assim, apenas quando ela for essencial às investigações policiais. Portanto, a identificação por meio do material genético do indiciado, ao contrário da identificação digital e fotográfica, não é uma providência corriqueira nem automática, a ser realizada rotineiramente dentro do inquérito. Não se trata, pois, de simples medida burocrática de identificação pessoal, mas, isto sim, de providência investigatória destinada à identificação do autor do crime. Tanto é verdade que a perícia genética somente será realizada quando for “essencial à investigação”, isto é, quando for indispensável ao esclarecimento da autoria do crime, o que a qualifica como um autêntico elemento de prova, e não simples identificação da pessoa.

Assim, enquanto a identificação dactiloscópica e fotográfica são partes da providência de qualificação do indiciado no inquérito, a identificação genética é medida investigatória, isto é, medida destinada a coletar prova. Não se pode,

<sup>186</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 633.

<sup>187</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 04.06.2013.

portanto, estabelecer nenhuma similitude entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital, que são meios normais de identificação das pessoas (inclusive civilmente), com a identificação genética pelo DNA, que é medida destinada a apurar a autoria do delito. A perícia genética é, pois, um autêntico meio de prova, e não simples identificação de indiciados e réus.<sup>188</sup>

Minahim resume a questão ao explicar que, “se as amostras retiradas constituírem meio de prova, como tudo indica que o seja, estar-se-á, então, diante de uma franca violação do princípio inscrito no inciso LXVIII, artigo 5º da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio”.<sup>189</sup>

A inovação, nesse ponto específico (obrigatoriedade do fornecimento de material), nos parece inconstitucional (enquanto enfocada como obrigatoriedade no fornecimento de material genético).

A Carta Maior elenca, no art. 5º, como garantias fundamentais de todo cidadão:

- a) não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII);
- b) quando preso, ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado... (LXIII).

Dessas garantias constitucionais resulta (por meio do princípio da interpretação efetiva) outra, qual seja, de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*), direito implícito na CF/88 e expresso no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada), da qual o Brasil é signatário.

Diante desse quadro, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo.<sup>190</sup>

Através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, “o preso não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, ou fornecer material para realização de exames grafotécnicos”.<sup>191</sup>

Dezem esclarece que:

A prova do DNA nada mais é do que exame pericial e, como tal, está sujeita às regras próprias das perícias. Contudo, com um detalhe: por se tratar de intervenção corporal, há necessidade de consentimento do acusado na produção dessa prova pericial, de forma que esteja presente o elemento volitivo da tipicidade processual. Ausente o consentimento, não poderá ser admitido este meio de prova; e, além disso, não poderá ser extraída qualquer consequência negativa para o acusado diante do exercício de faculdade.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf)>. Acesso em 04.06.2013.

<sup>189</sup> MINAHIM, loc. cit.

<sup>190</sup> CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. **LEI 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)** Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 04.06.2013.

<sup>191</sup> LOPES JR., ibid, p. 623.

<sup>192</sup> DEZEM, ibid, p. 195.

A intervenção corporal necessária à coleta de material biológico trata-se de prova invasiva, ou seja, necessita penetração no organismo humano implicando na utilização ou extração de parte dele ou na invasão física contra ele. Assim, “por conta do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a jurisprudência tem considerado que o suspeito, indiciado, preso ou acusado, não é obrigado a se autoincriminar, podendo validamente recusar-se a colaborar com a produção da prova, não podendo sofrer qualquer gravame em virtude dessa recusa”.<sup>193</sup>

Nesse sentido, a Suprema Corte já reconheceu o direito de um acusado a não colaborar para exame pericial que poderia acarretar sua autoincriminação:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio.

É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174.

Habeas corpus concedido.<sup>194</sup>

E ainda:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO.

1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

---

<sup>193</sup> LIMA, *ibid*, p. 46.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas corpus. Crime de desobediência. Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. *Nemo tenetur se detegere*. Habeas Corpus nº 77.135. Impetrante João Aparecido Pereira Nantes e Coator Tribunal De Alçada Criminal Do Estado De São Paulo. Relator Minº Ilmar Galvão. Acórdão em 06.11.1998.

2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia.<sup>195</sup>

Destarte, tratando-se a coleta de DNA de prova invasiva, não é possível sua produção forçada, contra a vontade do acusado, indiciado.

Por isso, enquanto os indiciados em geral estão obrigados a se submeterem à identificação criminal pelos meios normais (fotografia, impressões digitais e exibição de documentos de identidade), não poderão, no entanto, ser obrigados a fornecer material biológico para exame de DNA, e isto em face do princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém está obrigado a produzir nem colaborar com a produção de provas contra si próprio. Aliás, pelo princípio da ampla defesa, se o indiciado não se dispuser a participar espontaneamente da produção de prova genética, não há como constrangê-lo ao fornecimento de material biológico para exame do próprio DNA.<sup>196</sup>

Oliveira Junior assevera:

A Carta Constitucional estende os braços para o princípio da presunção da inocência, que guarda estreita vinculação com a regra do *nemo tenetur se detegere*, direito assegurado nas constituições democráticas, conforme se constata da norte-americana no instituto do *privilege against selfincrimination*. O exercício desse direito não pode ser visto como uma penalização, um suplício, um antídoto da liberdade consagrada. E a liberdade do cidadão, como é legalmente resguardada, somente pode ser limitada em nome de outra liberdade mais prevalente, no critério estabelecido por seres iguais e livres, com liberdade de escolha.

Em outras palavras: se o cidadão se recusar a permitir a retirada de seu sangue, no pleno exercício de um direito confirmado constitucionalmente, será penalizado sumariamente. Se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o cidadão que assim age, acobertado pela lei maior, na esfera do exercício de sua defesa, será considerado um provável infrator. É um contrassenso legislativo e uma afronta ao direito ao silêncio.

A nova lei é taxativa e explícita a obrigatoriedade que, juridicamente, vem a significar o cumprimento de uma determinação legal, sem qualquer avaliação a respeito da oportunidade e conveniência. É o “cumpra-se”, o “exequatur”. O responsável pela ordem tem o dever funcional de praticar o ato, mesmo sendo de duvidosa idoneidade jurídica.

Incumbe ao Estado, por meio de seus agentes persecutórios, demonstrar a prática de um ilícito pelos meios probatórios admissíveis nas regras jurídicas e não coagir um suspeito infrator em razão da forma pela qual foi cometido o crime a consentir na realização de provas invasivas, prostrando-o diante de sua própria cidadania.<sup>197</sup>

Em resumo:

Se a Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. nº 678/92, art. 8º, §2º, “g”) asseguram ao suspeito, indiciado, acusado, ou condenado, esteja ele solto ou preso, o direito de não produzir prova

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas corpus. Denúncia. Art. 14 da lei nº 6.368/76. Requerimento, pela defesa, de perícia de confronto de voz em gravação de escuta telefônica. Deferimento pelo juiz. Fato superveniente. Pedido de desistência pela produção da prova indeferido. Habeas Corpus nº 83.096. Impetrante Ubiratan Tibúrcio Guedes e Coator Superior Tribunal De Justiça. Relatora Minº Ellen Gracie. Acórdão em 18.11.2003.

<sup>196</sup> MACHADO, loc. cit.

<sup>197</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Coleta de perfil genético: a nova lei penal**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.16, n.372, p. 18-19, jul./2012.

contra si mesmo, do exercício desse direito não pode advir nenhuma consequência que lhes seja prejudicial. Fosse possível a extração de alguma consequência prejudicial ao acusado por conta de seu exercício, estar-se-ia negando a própria existência desse direito.

Portanto, o exercício desse direito não pode ser utilizado como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador. Do uso desse direito não podem ser extraídas presunções em desfavor do acusado, até mesmo porque milita, em seu benefício, o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), de cuja regra probatória deriva que o ônus da prova recai integralmente sobre a acusação.

Da recusa em produzir prova contra si mesmo também não se pode extrair a tipificação do crime de desobediência (CP, art. 330). Afinal de contas, se o art. 330 do Código Penal tipifica a conduta de “desobedecer a ordem *legal* de funcionário público”, há de se concluir pela ilegalidade da ordem que determine que o acusado produza prova contra si mesmo. O exercício regular de um direito – de não produzir prova contra si mesmo – não pode caracterizar crime, nem produzir consequências desfavoráveis ao acusado. Sua recusa em submeter-se à determinada prova é legítima.<sup>198</sup>

Não podendo o agente ser coagido a fornecer material para o exame de DNA, sob pena de infringir o princípio da não autoincriminação, de forma que não se pode valorar eventual recusa em se submeter a determinada intervenção, cumpre diferenciar as consequências da recusa no âmbito penal e no âmbito cível, onde o exame de DNA é comumente utilizado, especialmente em ações de investigação de paternidade.

Se o direito de não produzir prova contra si mesmo tem aplicação no âmbito extrapenal e no âmbito penal, daí não se pode concluir que a recusa em se submeter às provas invasivas seja tratada de modo semelhante no processo civil e no processo penal. De fato, há de se ficar atento à diferença do tratamento dispensado às consequências da recusa do agente em produzir prova contra si mesmo, porquanto, no que toca exclusivamente ao processo penal, vigora o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

Em outras palavras, se, no âmbito cível, também é possível que o agente se recuse a produzir prova contra si mesmo, ali não vigora o princípio da presunção de inocência, daí por que a controvérsia pode ser resolvida com base na regra do ônus da prova, sendo que a recusa do réu em se submeter ao exame pode ser interpretada em seu prejuízo, no contexto do conjunto probatório.<sup>199</sup>

Barros e Piscino destacam que:

Embora vigore em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento do julgador, pelo qual o juiz é livre para proferir sua decisão, desde que a fundamente com base nas provas colhidas, o resultado do exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, tem valor de prova inequívoca e inquestionável. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça fez editar a Súmula nº 301, dispondo que em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Ou seja, recusando-se a se submeter ao exame de DNA, ao suposto pai são atribuídos os mesmos efeitos da confissão ficta.<sup>200</sup>

---

<sup>198</sup> LIMA, *ibid.*, p. 52

<sup>199</sup> LIMA, *ibid.*, p. 47.

<sup>200</sup> BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael pereira. **DNA e sua utilização como prova no processo penal.** Disponível em

Lima continua:

De modo diverso, no processo penal, firmada a relevância do princípio da presunção de inocência, com a regra probatória que dele deriva, segundo a qual o ônus da prova recai exclusivamente sobre a parte acusadora, não se admite eventual inversão do ônus da prova em virtude de recusa do acusado em se submeter a uma prova invasiva. Assim, supondo um crime sexual em que vestígios de esperma tenham sido encontrados na vagina da vítima, da recusa do acusado em se submeter a um exame de DNA não se pode presumir sua culpabilidade, sob pena de violação aos princípios do *nemo tenetur se detegere* e da presunção de inocência.<sup>201</sup>

Outro importante ponto a ser destacado, no que diz respeito à coleta de material biológico como meio de prova, é que “um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Afinal, provar-se que o indivíduo estava na cena de um crime, ou provar-se que teve relações sexuais com a vítima não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado”.<sup>202</sup> Neste aspecto, Schiocchet reitera que:

Considerando que as informações serão coletadas com segurança, há outra questão a ser analisada: qual será a valoração que o juiz dará para essa prova. Porque, se for alguém menos avisado, pode entender que houve a coincidência entre um perfil que estava na cena do crime e de um identificado e, logo, o suspeito é o autor do crime. Essa conclusão afobada pode ser muito prejudicial ao processo em si, porque o fato de haver uma coincidência entre os dois perfis genéticos não significa necessariamente que o suspeito analisado foi o autor do delito.<sup>203</sup>

No mesmo sentido, Lopes Jr. ensina:

Uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato. O exame de DNA, por exemplo, feito a partir da comparação do material genético do réu “A” com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até provar que o réu “A” violentou e matou a vítima existe uma distância que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios. Pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Nas raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação.<sup>204</sup>

---

<[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_2008/Marco\\_Antonio\\_de\\_Barros\\_2.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf)>. Acesso em 05.06.2013.

<sup>201</sup> LIMA, loc. cit.

<sup>202</sup> AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal**. Disponível em <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>>. Acesso em 05.06.2013.

<sup>203</sup> SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de perfis genéticos: "uma forma mais sofisticada de biopoder"**. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/507801-bancos-de-perfis-geneticos-uma-forma-mais-sofisticada-de-biopoder-entrevista-especial-com-taysa-schiocchet>>. Acesso em 06.06.2013.

<sup>204</sup> LOPES JR., ibid, p. 638.



Além disso, “o que pode acontecer é, por exemplo, ter um perfil genético que foi extraído de células sanguíneas, e outro que foi extraído de saliva, e não haver a coincidência, quando deveria haver”.<sup>205</sup>

Oliveira Jr. ainda destaca:

O que se faz hoje no trabalho de investigação policial é recolher os vestígios genéticos colhidos na cena do crime, como sangue, fio de cabelo, sêmen, etc. O que se pretende é recolher o material genético para compará-lo com o armazenado no banco de perfis. Feita a constatação positiva, não quer dizer que a pessoa, independentemente de outras provas, tenha sido a responsável pelo crime. É uma suspeita permissiva para a realização de uma investigação preliminar, sem o conteúdo de certeza.<sup>206</sup>

Lopes Jr. também explana outros pontos discutíveis quanto à valoração da prova obtida através do exame de DNA:

Outro ponto fundamental é discutir o nexo causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto pode o réu ser responsabilizado penalmente pelo resultado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo.

Também não se pode desconsiderar a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas etc., mas também na possibilidade de fraudar o próprio DNA. O conhecido periódico *The New York Times* noticiou que “cientistas israelenses divulgam em artigo a possibilidade de introduzir, com certa facilidade, em uma amostra qualquer de sangue ou saliva, o código genético de qualquer pessoa a cujo perfil de DNA se tenha acesso – sem que seja sequer necessário possuir uma amostra de seu material genético. A notícia é bastante relevante no sentido de minar a infalibilidade com que são tratadas as evidências e provas baseadas em testes genéticos a partir de procedimentos usuais de perícia forense. E, ainda, as novas possibilidades de fraude que se abrem com o recurso a essa técnica podem aumentar os ricos potenciais do manejo de informação genética, com reflexos claros para a atual tendência à compilação de gigantescos bancos de dados genéticos.”.<sup>207</sup>

Na mesma linha Bonaccorso explana:

O progresso da ciência não garante uma pesquisa imune a erros e seus métodos, aceitos pela generalidade dos estudiosos, em um determinado momento, podem parecer errôneos no momento seguinte (DENTI, 1972). Uma das mais sérias preocupações com relação à evidência científica, recente ou não, é que ela possui uma aura de infalibilidade que pode influenciar as faculdades críticas de um júri.

O extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico, propiciando o acesso a conhecimentos cada vez mais especializados e seguros, tem apresentado significativas repercussões no campo da prova na tarefa de reconstrução dos fatos no processo, a ponto de se afirmar que a perícia teria conquistado o reinado antes atribuído às confissões. Esse arsenal informativo de alta especialização pode servir para uma apuração mais exata da verdade, porém torna maior o risco de que

---

<sup>205</sup> SCHIOCCHET, loc. cit.

<sup>206</sup> OLIVEIRA JR., loc. cit.

<sup>207</sup> LOPES JR., loc. cit.

eventuais distorções da realidade, neste tipo de prova, não sejam percebidas pelo juiz e pela sociedade devido à complexidade das provas.<sup>208</sup>

Dessa forma, a utilização do exame de DNA como meio de prova no processo penal leva a construção de uma “(pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Não se nega o imenso valor do saber científico no campo probatório, mas não existe “a rainha das provas” no processo penal”.<sup>209</sup>

Analisando-se a redação do inciso IV do art. 3º da Lei nº 12.037/09, observa-se que, para que seja possível a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, a lei exige a presença de dois requisitos concomitantemente: indispensabilidade às investigações policiais e decisão judicial. Sobre o assunto, Lopes Jr. elucida:

- a) necessidade para as investigações: ainda que a redação seja genérica, subordinando apenas ao interesse da autoridade policial, é necessário que o pedido venha fundamentado e efetivamente demonstrada – no caso concreto – a imprescindibilidade deste tipo de prova. Considerando a gravidade da intervenção corporal e a restrição da esfera de privacidade do sujeito, deverá a autoridade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema. Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, visto que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer à fórmula genérica e indeterminada de “essencial às investigações”, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca do sistema acusatório e imparcialidade. A lei não diz (e nem precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, “à força”. A única “garantia” é o emprego de técnica “adequada e indolor”. A lei disciplina a retirada coercitiva, porque voluntariamente sempre esteve autorizada e nem precisaria de qualquer disciplina legal (integra o direito de defesa positivo).<sup>210</sup>

Justamente devido ao fato de a hipótese prevista no inciso IV do art. 3º da lei de Identificação Criminal ser deveras ampla, contendo em sua redação elemento de necessidade não descrito em lei, é que provoca a atuação da autoridade judiciária competente. “Todavia, há uma ofensa ao sistema acusatório no inciso IV quando se permite ao juiz decidir de ofício sobre a identificação criminal, isto é, na fase do inquérito policial o

<sup>208</sup> BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. 2005. 156p. Dissertação (Mestrado. Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/pt-br.php>>. Acesso em 07.06.2013.

<sup>209</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 637.

<sup>210</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 634.

juiz irá decidir SEM QUE TENHA SIDO PROVOCADO para tal se o indiciado será ou não identificado criminalmente”.<sup>211</sup>

No tocante a atuação do juiz de ofício, Cunha e Gomes destacam que,

A possibilidade de o juiz, ainda na fase de inquérito policial, poder agir de ofício, será, obviamente, palco de críticas, mesmo porque, ao que tudo indica, a identificação genética servirá, quase sempre, na apuração da autoria. A tendência do sistema acusatório é o magistrado ficar equidistante na fase extraprocessual.<sup>212</sup>

Lopes Jr. segue, dissertando sobre o segundo requisito exigido pela Lei nº 12.654/12:

- b) autorização judicial: a matéria exige a reserva de jurisdição, ou seja, considerando que representa uma grave restrição de direitos fundamentais, é necessária autorização judicial. Portanto, a decisão que autoriza a intervenção corporal deverá ser precedida de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Infelizmente, em mais uma grave violação do sistema acusatório-constitucional e da própria estética de imparcialidade exigida do julgador, permite a lei que a extração do DNA seja determinada de ofício pelo juiz. É mais um sintoma da “cultura inquisitória” que ainda domina o processo penal brasileiro. Existe ainda uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de “necessidade para as investigações”. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, é um erro a atuação de ofício do juiz nesta seara. Diante do pedido de intervenção corporal para extração do DNA, deverá o juiz decidir de forma fundamentada, avaliando a real necessidade do ato, bem como a impossibilidade de se constituir aquela prova por outro meio menos lesivo e gravoso. Trata-se de ponderar e justificar a necessidade e adequação da medida, evitando sua banalização e distorção.<sup>213</sup>

Outro ponto a ser destacado diz respeito à necessidade do contraditório para a realização da coleta do DNA:

No sistema acusatório que é o adotado pelo nosso ordenamento, observa-se constante preocupação com o contraditório, devendo todos os atos probatórios respeitar este princípio. Entretanto, na prática, existem grandes dificuldades para o exercício pleno do contraditório em relação à prova pericial. Os peritos são em regra oficiais e normalmente as perícias são realizadas na fase de inquérito policial, onde ainda não existe a participação da defesa.

Embora se admita o contraditório posterior, nem sempre as informações técnico-científicas são elaboradas para uma discussão paritária entre os interessados, fazendo prevalecer uma versão única sobre os fatos examinados, normalmente aceita de forma acrítica não só pelo juiz como também pelas próprias partes.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> RANGEL, *ibid*, p. 162.

<sup>212</sup> CUNHA; GOMES, *loc. cit*.

<sup>213</sup> LOPES JR., *loc. cit*.

<sup>214</sup> BONACCORSO, *loc. cit*.

Assim,

Se a identificação pelo DNA é um meio de prova, determinado por ordem judicial, então é providência que deve ser realizada em contraditório, isto é, com a efetiva participação do indiciado e seu defensor, aos quais deve ser facultado o direito de acompanhar a perícia, de indicar perito assistente, de formular quesitos e, se for o caso, de requerer nova perícia, aplicando-se por analogia o art. 156, I e art. 225 do CPP que disciplinam a produção antecipada de prova.<sup>215</sup>

Por todo o exposto, é de se constatar que a validade dessa identificação do perfil genético “estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco de se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção do seu perfil genético.”<sup>216</sup>

O sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado, principalmente porque a seu lado existe outro princípio básico, muito bem apontado por CARNELUTTI, a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe.<sup>217</sup>

Contudo, importante lembrar que

Em se tratando de prova não invasiva (inspeções ou verificações corporais), mesmo que o agente não concorde com a produção da prova, esta poderá ser realizada normalmente, desde que não implique colaboração ativa por parte do acusado. Além disso, caso as células corporais necessárias para realizar um exame pericial sejam encontradas no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, poderão ser recolhidos normalmente, utilizando os meios normais de investigação preliminar.<sup>218</sup>

Ou seja:

Não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, v.g., uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal. Como aponta GÖSSEL, a obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc.) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros

---

<sup>215</sup> MACHADO,

<sup>216</sup> LIMA, *ibid.*, p. 107.

<sup>217</sup> LOPES JR., *ibid.*, p. 631

<sup>218</sup> LIMA, *ibid.*, p. 46.

objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas no art. 240 e seguintes do CPP.<sup>219</sup>

Desta forma é possível concluir que

Em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente. Porém, se essa mesma prova tiver sido produzida, voluntária ou involuntariamente pelo acusado, nada impede que tais elementos sejam apreendidos pela autoridade policial. Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível apreender o material descartado, seja orgânico (produzido pelo próprio corpo, como saliva, suor, fios de cabelo), seja ele inorgânico (decorrentes do contato de objetos com o corpo, tais como copos ou garrafas sujas de saliva etc.). Exemplificando, se não é possível retirar à força um fio de cabelo de um suspeito para realizar um exame de DNA, nada impede que um fio de cabelo desse indivíduo seja apreendido em um salão de beleza.<sup>220</sup>

Inclusive, a jurisprudência brasileira já se posicionou nesse sentido. Vamos aqui destacar dois casos que tiveram grande repercussão no mundo acadêmico, tendo inclusive repercussão midiática.

No primeiro caso, extraiu-se amostra de DNA através de uma guimba de cigarro fumado pela pessoa cujo DNA se pretendia extrair, dali foi possível extrair-se saliva e, assim, DNA:

“Pedrinho” foi seqüestrado no hospital em que nascera e por mais de uma década o crime não foi desvendado. Descobriu-se posteriormente que a ação criminosa tinha sido praticada por Vilma Martins Costa, pessoa que registrou “Pedrinho” como sendo seu filho natural. Tendo sido desvendada toda a trama que envolveu referido sequestro, os policiais levantaram outras suspeitas contra Vilma, pois esta havia feito uma operação de esterilização antes do nascimento de Roberta Jamily Martins Borges, jovem que também se encontrava registrada como sendo sua filha.

Desse modo, com relação à Roberta Jamily, o procedimento a ser adotado deveria ser o mesmo, isto é, a autoridade policial encarregada das investigações entendeu ser necessária a realização do exame genético para confirmar se Francisca Maria Ribeiro da Silva, pessoa que também havia tido a filha sequestrada ao nascer, seria ou não a verdadeira genitora de Roberta Jamily.

Todavia, esta última, diferentemente do que aconteceu com “Pedrinho”, negou-se a fornecer material para a realização do exame de DNA.

Todos os envolvidos foram chamados a prestar declarações na Delegacia de Polícia, dentre eles, Roberta Jamily, que não se mostrava disposta a colaborar com as investigações, tanto que manteve a sua recusa em fornecer material para o exame genético.

Sucedeu que Roberta era fumante e deixou o “toco” do seu cigarro no cinzeiro do Distrito Policial. Diante disso, o delegado recolheu o resto do cigarro de Roberta, o qual continha sua saliva, e o encaminhou à perícia técnica para fazer o exame de DNA. O resultado do exame confirmou que Roberta não era filha de Vilma, a mulher que a criou, mas, sim, de Francisca.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 630.

<sup>220</sup> LIMA, *ibid*, p. 47.

<sup>221</sup> BARROS; PISCINO, *loc. cit.*

O caso foi extremamente criticado, especialmente pelo meio de obtenção da prova, instalando-se uma discussão sobre a licitude da prova produzida. “Alguns defenderam que houve violação do direito à intimidade de Roberta e que a prova não poderia ser aceita no processo. Outros avalizaram a prova pericial, argumentando que o resto de cigarro fumado por Roberta, uma vez descartado, transformou-se em lixo, ou seja, não fazia mais parte do seu corpo.”<sup>222</sup> Assim, resultou vencedora a corrente que entendeu lícita a conduta da polícia.

Como se sabe, sempre que um crime é cometido, a Polícia isola o local para que não haja alteração ou supressão de nenhuma prova. Em seguida, recolhe-se todo o material deixado pela vítima e pelo autor do delito (por exemplo: sangue, fios de cabelo, impressões digitais, resquícios eventualmente existentes sob as unhas, esperma, documentos, fotografias, objetos, armas etc.) e não há necessidade de autorização dos envolvidos para isso. Como o resto de cigarro equipara-se a um desses vestígios, que podem levar à solução de um crime, seu recolhimento pela autoridade policial foi então considerado lícito.<sup>223</sup>

Queiroz esclarece que,

Realmente, a “esfera secreta” do indivíduo não foi afetada. Parafraseando Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o “direito de intimidade”, constitucionalmente previsto, permite ao seu titular criar um escudo, oponível a quem ele desejar, até mesmo aos mais próximos. A coleta se deu na rua, de material descartado ou desprezado pela pessoa. A Constituição Federal protege a “intimidade” e a “vida privada”, objetos jurídicos que não foram violados. Também veda a Constituição a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos. Ilícitos são os meios pelos quais a prova é produzida e não a prova em si. Edilson Mougnot Bonfim esclarece que são chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material (ex.: confissão obtida mediante tortura).<sup>224</sup>

O segundo caso em destaque teve como personagem central a cantora mexicana Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, conhecida como Glória Trevi, que alegou ter sido estuprada durante o período em que permaneceu detida sob custódia da Polícia Federal:

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, conheceu como “procedimento de reclamação” o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Este juízo monocrático expediu autorização para a coleta da placenta da cantora, que se tornara extraditanda, após o parto, a fim de realizar o exame de DNA com o propósito de instruir inquérito policial. Este procedimento foi instaurado para apurar os fatos relacionados com a origem da gravidez da cantora e se iniciou quando ela já se encontrava recolhida na carceragem da Polícia Federal. Alegava a gestante que sua gravidez decorria de envolvimento de servidores responsáveis por sua custódia. Afinal a reclamação dirigida ao STF apontava três argumentos principais: (1) a reclamante, na condição de extraditanda,

<sup>222</sup> BARROS; PISCINO, loc. cit.

<sup>223</sup> BARROS; PISCINO, loc. cit

<sup>224</sup> QUEIROZ, Maurício Miranda de. **O uso do DNA na investigação policial**. Revista de Direito. Vol. XI, nº 13, ano 2008. Disponível em < <http://sare.anhanguera.com/index.php/rdire/article/download/54/51> >. Acesso em 08.06.2013.

estava recolhida em hospital público sob a autorização do STF; (2) havia manifestação expressa da gestante, contrária à coleta de qualquer material a ser recolhido de seu parto; (3) vinculando-se a questão aos fatos constantes dos autos de extradição (queixa da extraditanda de que teria sofrido "gravidez não consentida" e "estupro carcerário"), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF.

Julgando o caso, no mérito, o STF declarou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, destacando-se, de um lado, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e de outro, o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição (atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação), o STF afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA aconteceria sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho.

Constata-se que, em ambos os casos, “o objeto descartado deixou de fazer parte do corpo do acusado, passando a se tornar objeto público por opção da pessoa, não existindo mais um direito ou garantia que possa ser atingido pela produção de tal prova”.<sup>225</sup>

Por todo o apresentado, depreende-se que,

Em diversos julgados, o STF já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para a realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético.<sup>226</sup>

Assim, fica a reflexão: faz-se necessária a extração coercitiva do DNA do agente, ferindo princípios constitucionais, tais quais a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a ampla defesa, o direito à honra, à intimidade, à integridade corporal, e, principalmente, o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, criando um precedente e legalizando a atuação ilimitada do Estado na persecução penal, fulminando as garantias individuais do imputado, a fim de coletar seu perfil genético, quando é perfeitamente possível que a coleta deste material biológico seja feita de forma não invasiva e sem a participação ativa do agente, através de materiais por ele descartados?

---

<sup>225</sup> SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 08.06.2013.

<sup>226</sup> LIMA, *ibid*, p. 107.

### **3.2 Imposição da coleta do perfil genético aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990**

No que diz respeito à alteração efetivada na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.654/12, foi acrescentado o art. 9º-A no Capítulo I, do Título II, o qual dispõe sobre a classificação do Condenado e Internado, para fins de individualização da Execução Penal, determinando que *os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.*

Estabelece, ainda, a Lei nº 12.654/12 que, *a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo e que a autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.*

Em linhas gerais, coletado o material, será armazenado no banco de dados de perfis genéticos, de onde poderá ser acessado pelas polícias estaduais e/ou federal mediante prévia autorização judicial. A extração se dará de forma “adequada e indolor”, e não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genérica de gênero. Os dados coletados integrarão o banco de dados de perfis genéticos, assegurando-se o sigilo dos dados. Para fins probatórios, o código genético será confrontado com amostras de sangue, saliva, sêmen, pelos etc. encontradas no local do crime, no corpo da vítima, em armas ou vestes utilizadas para prática do delito, por exemplo. A partir da comparação, será elaborado laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado que analisará a coincidência ou não.<sup>227</sup>

Importa salientar, que o indivíduo condenado por crime equiparado a hediondo - tráfico de drogas, tortura, terrorismo -, não será necessariamente submetido à coleta do material biológico, não é porque tais delitos são equiparados a hediondo que haverá uma inter-relação perfeita entre eles. Dessa forma, somente será feita a identificação de seu perfil genético caso se enquadrem na primeira parte do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, ou seja, sejam praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, como é o caso da tortura, por ser um crime eminentemente violento. Se a Lei quisesse estabelecer tratamento uniforme entre os crimes hediondos e equiparados, deveria tê-lo feito expressamente, a

---

<sup>227</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 623



exemplo do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de (...)).

A primeira questão controversa que surge da análise do dispositivo supracitado diz respeito ao fato de a lei determinar que a extração do DNA dar-se-á *por técnica adequada e indolor*, sem, todavia, definir qual seria esta técnica.

E a nova Lei expressamente determina que a identificação do perfil genético dar-se-á mediante extração de DNA por técnica adequada e indolor (art. 9º). Apesar de não especificar qual seria a técnica a ser aplicada, a lei fatalmente nos remete aos métodos não invasivos para coleta do material a ser utilizado na realização do exame, já que, repita-se, exige que a extração do DNA seja feita de forma indolor.<sup>228</sup>

Assim, conforme explanado anteriormente, “as provas não invasivas compreendem outras tantas perícias, como exames de matérias fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelos e pelos; as identificações dactiloscópica, de impressões dos pés, unhas e palmar e também a radiografia empregada em buscas pessoais”.<sup>229</sup> A coleta de saliva para realização do exame de DNA, apesar de ser técnica indolor, não é adequada, por se tratar de prova invasiva, somente podendo ser considerada não invasiva se for coletada de material descartado pelo agente cujo DNA se pretende colher.

Outro assunto a ser destacado é sobre a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Há quem entenda que:

A identificação do sentenciado, que a lei referida denomina apenas de “condenado”, a despeito de entendimentos doutrinários em contrário, não deverá excluir os condenados de forma provisória, não definitiva, sem trânsito em julgado da decisão condenatória, porque o legislador não fez essa restrição, deixando de colocar no texto legal a adjetivação “em definitivo”, subsequente ao substantivo condenado, quando poderia e deveria tê-lo feito, se esse fosse, realmente, o *spiritus legis*. Terminantemente não se aplica aqui, como alhures alegado, o princípio da presunção da inocência, para considerar a pessoa culpada somente após o trânsito em julgado de sua condenação, porque a lei já autoriza a identificação criminal dos meramente indiciados em inquérito, de autuados em flagrante delito, de pessoas “envolvidas” com a ação praticada por organizações criminosas, que a despeito da excepcionalidade determinada pela ausência de documento civil ou documentação inidônea, com a máxima obviedade, não possuem situação penal que possa ser considerada definitiva.<sup>230</sup>

<sup>228</sup> RIZZO, Mariane Vieira. **O uso da biotecnologia com o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano - uma análise crítica necessária**. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP. Ano 2013, Edição 11, Ano 2013. Disponível em

<<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/viewFile/3006/2290>>. Acesso em 09.06.2013.

<sup>229</sup> QUEIJO apud BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Dissertação (Tese de Doutorado. Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>>. Acesso em 10.06.2013.

<sup>230</sup> LOPES, loc. cit.

Todavia, “ainda que a lei fale apenas em “condenados”, considerando a gravidade da restrição de direitos fundamentais, é imprescindível a existência de sentença condenatória transitada em julgado. Não é proporcional, e tampouco compatível com a presunção de inocência, impor-se tal medida em caso de sentença recorrível.”<sup>231</sup>

Chama a atenção ainda, que nessa hipótese prevista na LEP, a coleta do perfil genético do condenado “não serve para qualquer investigação criminal em curso (podendo subsidiar investigação futura), muito menos para esclarecer dúvida eventualmente gerada pela identificação civil (ou mesmo datiloscópica), tendo como fim principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo.”<sup>232</sup>

Pateticamente inconstitucional o artigo 9º - A da Lei das Execuções Penais, Lei 7.210/84, que foi acrescentado pela Lei 12.654, quando determina que os condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave à pessoa, e os chamados “crimes hediondos”, que são previstos na Lei 8.072/90, serão, de forma obrigatória, submetidos à identificação de seu perfil genético, pelo exame do DNA, cujos dados devem ficar armazenados num banco, que a lei diz que deve ser sigiloso, acessível apenas por ordem judicial, ou seja, um banco de perfis, até que se dê a prescrição da pretensão executória da pena, ou uma vez cumprida a pena que se perfaça o tempo necessário à reabilitação do condenado. Clama a justiça o fato de que, com a execução penal, por óbvio, nada mais há esclarecer. Então por que fazer uma identificação de perfil genético do executado, pelo seu DNA? Será para esclarecer crimes futuros? Afinal, onde estará o princípio da presunção de inocência? Ademais, se ninguém é obrigado a produzir prova contra si, então, qual a razão de tal perícia genética, nessa altura do processo? O caminho é sua inconstitucionalidade patética.<sup>233</sup>

Machado dispõe no mesmo sentido:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente, já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por ocasião da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que vierem a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de “prova pré constituída”, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 624.

<sup>232</sup> CUNHA; GOMES, *loc. cit*.

<sup>233</sup> ROMANO, Rogério Tadeu. **Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana**. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em 09.06.2013.

<sup>234</sup> MACHADO, *loc. cit*.

Salienta-se que “a lei não prevê por quanto tempo esses dados ficarão disponíveis neste caso. Andou mal o legislador, pois gera condições para um estigma de natureza perpétua”.<sup>235</sup> Pacelli assevera:

Não se justifica a manutenção *indefinida* de seu registro genético, afastada de finalidades probatórias, isto é, ligadas à efetividade do processo penal. Nesse passo, bastaria aos interesses do Estado a manutenção sigilosa dos registros sobre o processo e sobre a condenação, conforme disposto no art. 95, Código Penal, a cuidar da reabilitação.<sup>236</sup>

Romano explica que

Referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves é trilhar o caminho do Estado da Segurança Pública, em oposição ao Estado de Direito e das liberdades públicas. Assim se inserindo, volveríamos, de forma condenável, ao sistema inquisitivo, da supremacia do interesse público, em que a pessoa, ao invés de estar em situação de inocência, passaria ao estado de suspeição.<sup>237</sup>

Pacelli é categórico ao explicar:

A obrigatoriedade de coleta de material em Execução Penal, e, sobretudo, a instituição de um *cadastro geral genético* de condenados, sem prazo de duração (definitivo, portando), parece-nos de duvidosa constitucionalidade.

A medida, para além de seu caráter *estigmatizante*, viola o verdadeiro *direito* daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retornar ao *estado pleno* de cidadania e de inocência em relação a *atos futuros* – ressalvada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência).

(...)

A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado* (situação) de *inocência* para o *estado de suspeição*, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). O problema não se resume, porém, às utilidades possíveis do cadastro. Trata-se, mais que isso, de se pugnar pelo reconhecimento do direito ao *retorno* à condição de cidadão pleno daquele que foi condenado e já cumpriu em toda a extensão a sanção que foi imposta.<sup>238</sup>

Corre-se o risco de se concretizar a famosa frase proferida no filme Casablanca, um dos ícones do cinema, em que, ao presenciar e intervir em uma briga ocorrida na casa noturna, o chefe de polícia grita aos seus subordinados: "Prendam os suspeitos de sempre!".

---

<sup>235</sup> LOPES JR., *ibid*, p. 637.

<sup>236</sup> PACELLI, *ibid*. p. 398.

<sup>237</sup> ROMANO, *loc. cit*.

<sup>238</sup> PACELLI, *loc. cit*.

“Teme-se, com razão, [...] o acirramento do processo de seletividade do sistema penal, na medida em que as novas regras somente atingirão a *clientela* dos crimes tradicionalmente praticados mediante violência”.<sup>239</sup>

Enfim, a constituição de um banco de dados genéticos, destinado a armazenar os perfis de criminosos, a par de ser uma medida que ameaça a intimidade e a confidencialidade de dados do genoma humano, favorecendo a ressurreição de teses e delírios tipicamente lombrosianos, é algo que afronta os princípios liberais da presunção de inocência, da não autoincriminação e da ampla defesa, numa convivência problemática com a ordem constitucional vigente.<sup>240</sup>

Ora, o dispositivo em análise é, de fato, um contrassenso constitucional. Ao determinar a obrigatoriedade da medida aos condenados ofende diretamente o princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si, e, ainda, afronta o princípio da presunção de inocência, visto que a coleta do perfil genético somente seria destinada a abastecer os bancos de dados no intuito de esclarecer crimes futuros. Ao possibilitar que os condenados sejam submetidos obrigatoriamente à identificação do perfil genético mediante extração do DNA, “a lei permite que, além do cumprimento da pena de prisão, seja cumprido um novo tipo de pena a cumprir: a pena de identificação biogenética da pessoa, com repercussões em outras investigações ao bel-prazer da autoridade policial, do Ministério Público ou do próprio juiz, de ofício”.<sup>241</sup>

Rizzo, sobre a obrigatoriedade de submeter à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA por técnica adequada e indolor, os condenados *por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*, leciona:

O cumprimento de tal determinação fatalmente levaria à realização das atividades biotecnológicas com fins de eugenia, já que, a priori, os exames somente serão feitos naqueles que já estão condenados pelos crimes na lei especificados, ou seja, quando o Estado já cumpriu sua função, o que significaria estipular um “plus”, com vistas a uma eventual segurança futura, evidenciando o Direito Penal do Inimigo, teoria defendida por Günther Jakobs que distingue o cidadão do inimigo, descaracterizando esse dos direitos inerentes à pessoa humana, não podendo gozar do mesmo tratamento destinado àquele.<sup>242</sup>

Zaffaroni dispõe:

---

<sup>239</sup> PACELLI, *ibid*, p. 397.

<sup>240</sup> MACHADO, *loc. cit*.

<sup>241</sup> Autor desconhecido. **Coleta de DNA inconstitucional**. Disponível em <<http://tesededireito.blogspot.com.br/2012/05/coleta-de-dna-inconstitucional.html>>. Acesso em 10.06.2013.

<sup>242</sup> RIZZO, *loc. cit*

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas.<sup>243</sup>

Tal direito penal do inimigo não condiz com a Constituição Federal de 1988, pois afronta direitos e garantias individuais e processuais como o direito ao contraditório e ampla defesa, permitindo ao Estado um agir autoritário e ditatorial.

A finalidade da criação de tais bancos de dados, ao menos em tese, “é realizar pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade do país”.<sup>244</sup> Todavia,

Esse banco de dados parece ser mais uma daquelas “medidas de efeito”, uma espécie de “pirotecnia processual repressiva”, criada pelo legislador para dar a impressão de que a criminalidade está sendo eficazmente combatida, com rigor e com o auxílio da ciência (tal como supostamente ocorre nos países desenvolvidos), enquanto que as causas reais do crime permanecem intocadas, alimentando e fazendo crescer os índices de violência e insegurança pública.

Sob esse aspecto, o Brasil continua seguindo o seu equivocado destino histórico de “dar tratamento policial aos problemas sociais”, pois os países avançados que adotam essas biotecnologias modernas contra o crime há muito que já tomaram outras providências no terreno das políticas públicas e sociais, estas sim, bem mais eficazes no combate à criminalidade que é um fenômeno coletivo, com raízes sociais, econômicas e políticas.

É relevante destacar, por fim, que a coleta de material biológico, a análise do DNA do indivíduo e o armazenamento de dados genéticos pelo Estado, são providências severas de controle estatal que ameaçam radicalmente a privacidade das pessoas e ainda podem ter o efeito de revolver as ideias positivistas do médico italiano, Cesare Lombroso, que no século XIX acreditava ser possível definir os caracteres morfológicos e comportamentais dos “criminosos natos”, naturalmente propensos à prática de crimes.<sup>245</sup>

Schiocchet destaca que,

Do ponto de vista ético, a grande questão gira em torno do fato de ser uma tecnologia sobre a vida humana, que visa um controle sobre um determinado perfil de pessoas: os que se consideram criminosos, suspeitos, ou efetivamente aqueles que, de algum modo, especialmente no Brasil, compõem um grupo de sujeitos vulneráveis. Ainda é possível questionar em que medida essa questão dos bancos genéticos refere-se apenas a criminosos, ou em que medida deveria

---

<sup>243</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1927. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18.

<sup>244</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, loc. cit.

<sup>245</sup> MACHADO, loc. cit.

ser aplicada a toda a sociedade, sem fazer uma distinção entre criminoso e não criminoso.<sup>246</sup>

O que se receia é que “as investigações de tais crimes tendam a se limitar à busca de identificação de perfil genético, diante da força de convencimento da prova obtida pelo exame de DNA. Todo cuidado é pouco quando se aponta na direção de certezas *absolutas*”.

Ainda que a questão esteja longe de pacificação, pois estes estudos também estão sendo questionados, não podemos esquecer que todo saber é datado e tem prazo de validade. Uma teoria ou conhecimento reina até que venha outra teoria que a contrarie ou modifique. Não sem razão, a exposição de motivos do CPP é categórica: “todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que as outras”.

Apesar de todas as vantagens apontadas pelos pesquisadores em relação ao exame de DNA quando comparado com a identificação feita através das impressões digitais, e a efetiva possibilidade de se utilizar desta técnica para solucionar crimes, “a questão é: não haverá limites para essa nobilíssima batalha?”.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> SCHIOCCHET, loc. cit.

<sup>247</sup> PACELLI, ibid. p. 399.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso II, institui o princípio da legalidade, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, deduz-se que, em se tratando de identificação criminal, a qual está expressamente prevista na própria Carta Magna (art. 5º, inciso LVIII), o indiciado não tem liberdade para se omitir, ou se recusar a cooperar para a sua singularização.

Partindo-se dessa premissa, tem-se que a conduta prevista pela Lei nº 12.654/12, possibilitando a identificação criminal através da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, sempre que se tratar de medida essencial às investigações policiais, é medida que pode ser imposta ao investigado, inclusive mediante uso de força moderada.

Ocorre que, através do processo datiloscópico, método de identificação humana através das impressões digitais, o investigado já estaria suficientemente individualizado, não existindo razão para se recorrer a um procedimento invasivo como a coleta de material biológico. Destarte, entende-se que tal dispositivo não visa a simples identificação pessoal do investigado, mas sim, trata-se de medida investigatória dedicada à apuração do autor do delito.

Todavia, o texto constitucional (art. 5º, LXIII), bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica – (art. 8º), e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, “g”), garantem aos indivíduos o direito fundamental a não autoincriminação, através do qual se tem que é direito do investigado recusar-se a produzir prova contra si. Tal dispositivo objetiva a proteção de qualquer pessoa que possa se autoincriminar, esteja ela presa ou em liberdade, resguardando o indivíduo de possíveis excessos cometido pelo Estado durante a investigação e apuração de delitos.

Dessa forma, ao impor ao investigado que forneça material biológico a fim de que se obtenha seu perfil genético, está-se a constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo, em afronta direta ao princípio em tela. Tanto é verdade, que tal forma de identificação somente será permitida em casos em que for considerada *essencial às investigações policiais*, ou seja, quando se fizer necessária para o esclarecimento da autoria do delito. Assim, enquanto a identificação criminal feita através das impressões digitais e fotografia pode ser imposta ao indiciado, não pode o mesmo ser obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA, sob pena de se produzir prova ilícita.

Conforme explanado, a prova é considerada ilícita quando obtida mediante violação a regras de direito material, ou seja, em havendo produção de prova em detrimento de direitos reconhecidos aos indivíduos pelo ordenamento jurídico, como é o caso do direito a não autoincriminação, independentemente do processo, tal prova será reputada ilícita. Dessa forma, é inegável que a coleta forçada de material biológico para produção do exame de DNA caracteriza uma forma ilícita de obtenção da prova, não sendo, portanto, admissível no sistema legal brasileiro (CF, art. 5º, LVI).

Ainda que exista um consenso popular pela admissibilidade da coleta compulsória de material biológico para produção do exame de DNA, predominando o interesse público na persecução penal sobre os direitos e garantias fundamentais do investigado, clamando pela aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, não se pode admitir que o Estado utilize uma prova ilícita em desfavor do investigado, uma vez que a proibição de utilização desta prova é, justamente, uma garantia constitucional do indivíduo contra a atuação abusiva do Estado.

Assim, a coleta de perfil genético trata-se de prova cuja fonte é a pessoa do investigado, o meio de prova é a perícia e o meio de obtenção de prova se dá mediante extração do DNA. Devendo, desta maneira, sujeitar-se às regras próprias das perícias, respeitando os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Diferentemente da previsão contida na Lei de Identificação Criminal supracitada, o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, também adicionado pela Lei nº 12.654/12, estabelece expressamente a obrigatoriedade de submissão à identificação do perfil genético dos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos chamados crimes hediondos.

Nesse caso, uma vez que a lei determina que a medida seja aplicada àqueles que foram condenados por determinados tipos de crimes, por óbvio, nada mais há que esclarecer quanto ao crime pelo qual o indivíduo foi condenado, e nem mesmo para elucidar dúvida sobre a identificação civil do agente, de forma que a identificação do perfil genético dos condenados somente servirá para abastecer bancos de dados a fim de servir como prova para desvendar a autoria de crimes futuros. Destarte, no mesmo sentido do que foi exposto anteriormente, também não pode o agente ser forçado a colaborar para a produção deste exame de DNA, sob pena de se infringir o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Além disso, a manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados transforma aqueles que têm seu perfil armazenado em “suspeitos”, ferindo o princípio da presunção de



inocência. Ao invés de o indivíduo cumprir sua pena e retornar à condição de cidadão pleno, fazendo jus à presunção de inocência em crimes futuros, o Estado lhe nega essa condição, colocando-o em estado de suspeição.

Dessa forma, tendo em vista uma segurança futura, o Estado acaba por distinguir o cidadão do inimigo, evidenciando a teoria do Direito Penal do Inimigo, defendida por Günther Jakobs, segundo a qual o inimigo, neste caso os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, é privado de determinados direitos individuais, não podendo receber o mesmo tratamento destinado aos demais cidadãos. Assim, a nova regra visa estabelecer um controle sobre determinado padrão de pessoas, sobre aqueles que compõem um grupo de sujeitos vulneráveis.

O princípio da presunção de inocência, levando em consideração que o Estado é a parte mais forte da relação processual, transfere à acusação todos os ônus da prova referentes à existência do fato e sua autoria, de forma que não se pode admitir que o Estado obrigue os indivíduos a colaborarem na produção de provas contra si. Proíbe-se que se inverta o ônus da prova, exigindo do acusado a produção de prova da sua inocência. Caso a acusação não produza provas suficientes, deve-se invocar o brocardo *in dubio pro reo* e absolver-se o indiciado. Por mais que se queira punir devidamente aqueles que cometeram algum tipo de delito, não se pode permitir uma persecução penal sem limites.

Tendo em vista que a Lei nº 12.654/12 trata-se de inovação legislativa recente, sendo escassa as manifestações doutrinárias sobre o tema, caberá aos tribunais, independentemente da natureza jurídica que se reconheça a este instituto, defender ou não seu âmbito de aplicação e até mesmo ao STF opinar sobre sua (in)constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. *Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal*. Disponível em <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>>. Acesso em 05.06.2013.

ARAS, Vladimir. *Enganei o juiz e me dei bem*. Disponível em <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2013/03/15/enganei-o-juiz-e-me-dei-bem/>>. Acesso em 07.06.2013.

Autor desconhecido. *Coleta de DNA inconstitucional*. Disponível em <<http://tesededireito.blogspot.com.br/2012/05/coleta-de-dna-inconstitucional.html>>. Acesso em 10.06.2013.

BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo penal*. Disponível em <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_2008/Marco\\_Antonio\\_de\\_Barr os\\_2.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barr os_2.pdf)>. Acesso em 05.06.2013.

BONACCORSO, Norma Sueli. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. 2005. 156p. Dissertação (Mestrado. Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/pt-br.php>>. Acesso em 07.06.2013.

\_\_\_\_\_. *Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil*. 2010. Dissertação (Tese de Doutorado. Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>>. Acesso em 10.06.2013.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. *O limite do direito de provar em processo penal*. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8654](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8654)>. Acesso em 17.05.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas corpus. Crime de desobediência. Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. Nemo tenetur se detegere. Habeas Corpus nº 77.135. Impetrante João Aparecido Pereira Nantes e Coator Tribunal De Alçada Criminal Do Estado De São Paulo. Relator Minº Ilmar Galvão. Acórdão em 06.11.1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal federal. Habeas corpus. Denúncia. Art. 14 da lei nº 6.368/76. Requerimento, pela defesa, de perícia de confronto de voz em gravação de escuta telefônica. Deferimento pelo juiz. Fato superveniente. Pedido de desistência pela produção da prova indeferido. Habeas Corpus nº 83.096. Impetrante Ubiratan Tibúrcio Guedes e Coator Superior Tribunal De Justiça. Relatora Minº Ellen Gracie. Acórdão em 18.11.2003.

BRITO, Gustavo. *A utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate*. Disponível em <[www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D\\_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate\\_gustavo\\_brito.pdf](http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate_gustavo_brito.pdf)> principio proporcionalidade pro societate>. Acesso em 16.05.2013.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/2009)*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13628/comentarios-iniciais-a-nova-lei-de-identificacaocriminal-lei-no-12-037-2009>>. Acesso em 17.04.2013.

CAPEZ, Fernando. *Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado (Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009)*. Disponível em <[http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con\\_id=5618](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5618)>. Acesso em 12.04.2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Direito Penal*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio. *LEI 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade(?)* Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em 04.06.2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)*. 1ª ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói, RJ: Editora. Impetus, 2013.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, João. *Identificação criminal: banco de dados de DNA (Lei nº 12.654/2012)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, nº 3424, 15 nov. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/23022>>. Acesso em: 23.04.2013

MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: <[http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf)>. Acesso em 04.06.2013.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 04.06.2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova lei de identificação criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2289, 7 out. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/13632>>. Acesso em: 23.04.2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. 2. 6ª ed. ver. atual. e ref.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *Coleta de perfil genético: a nova lei penal*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.16, n.372, p. 18-19, jul./2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 17º ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

QUEIROZ, Maurício Miranda de. *O uso do DNA na investigação policial*. Revista de Direito. Vol. XI, nº 13, ano 2008. Disponível em <<http://sare.anhanguera.com/index.php/rdire/article/download/54/51>>. Acesso em 08.06.2013.

RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6990](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990)>. Acesso em 16.05.2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIZZO, Mariane Vieira. *O uso da biotecnologia com o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano - uma análise crítica necessária*. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP. Ano 2013, Edição 11, Ano 2013. Disponível em <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/viewFile/3006/2290>>. Acesso em 09.06.2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. *Identificação criminal pelo DNA: uma experiência lombrosiana*. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/jfrn/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em 09.06.2013.

SCHIOCCHET, Taysa. *Bancos de perfis genéticos: "uma forma mais sofisticada de biopoder"*. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/507801-bancos-de-perfis-geneticos-uma-forma-mais-sofisticada-de-biopoder-entrevista-especial-com-taysa-schiocchet>>. Acesso em 06.06.2013.

SILVA, Rodrigo Vaz. *Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro*. Disponível em <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8468](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8468)>. Acesso em 08.06.2013.

SOUZA, Carlos Eduardo de. *A identificação criminal nos novos moldes da Lei nº 12.037/2009*. Disponível em <<http://www.mp.to.gov.br/cint/cesaf/arqs/071009113631.pdf>>. Acesso em 29.04.13

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. *Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008*. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 5ª ed., ver., ampl. e atual. [S.l.]: Editora Jus PODIVM, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1927. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.